

THÈSE DE
NANCY.

1893

N^o.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DU

DROIT DES GENS A ROME

DROIT FRANÇAIS

DES

DROITS DES CRÉANCIERS

HYPOTHÉCAIRES ET PRIVILÉGIÉS

SUR L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE

LOI DU 19 FÉVRIER 1889

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

MATHIEU FELTIN

AVOUÉ A LA COUR D'APPEL DE NANCY

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 18 Mars 1893, à 4 heures du soir

Président : M. LEDERLIN, professeur-doyen.

Suffragants { MM. BINET, professeur.
BOURCART, id.
CHRÉTIEN, professeur-adjoint.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

IMPRIMERIE A. NICOLLE, 25, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1893

DROIT ROMAIN

DU

DROIT DES GENS A ROME

DROIT FRANÇAIS

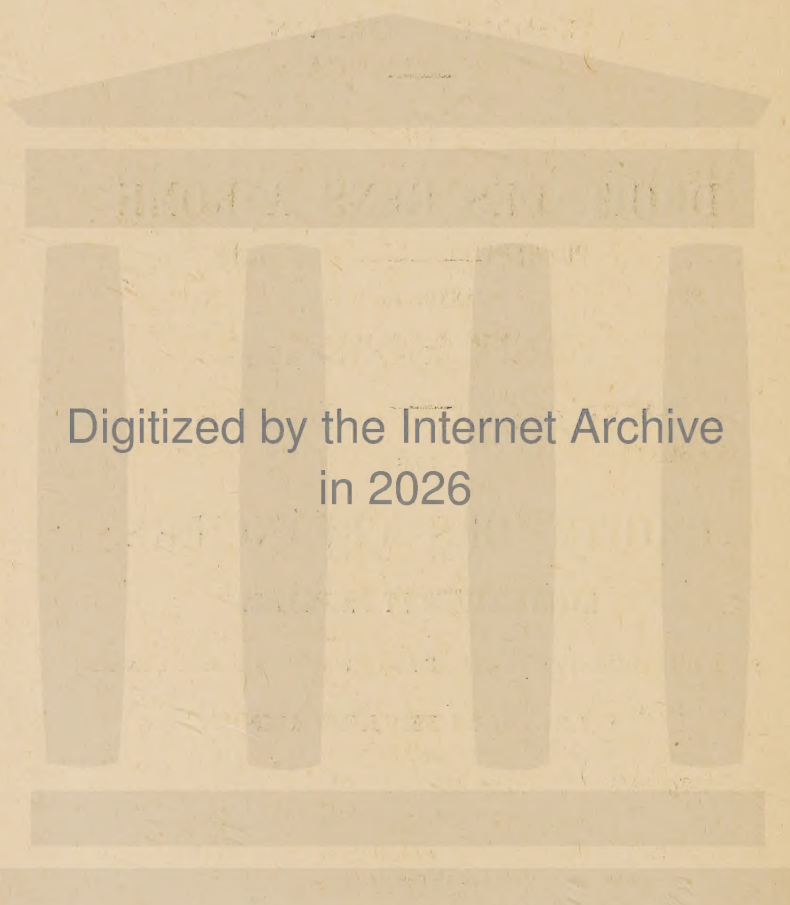
DES

DROITS DES CRÉANCIERS

HYPOTHÉCAIRES ET PRIVILÉGIÉS

SUR L'INDEMNITÉ D'ASSURANCES CONTRE L'INCENDIE

LOI DU 19 FÉVRIER 1889



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DU

DROIT DES GENS A ROME

DROIT FRANÇAIS

DES

DROITS DES CRÉANCIERS

HYPOTHÉCAIRES ET PRIVILÉGIÉS

SUR L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE

LOI DU 19 FÉVRIER 1889

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

MATHIEU FELTIN

AVOUÉ A LA COUR D'APPEL DE NANCY

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 18 Mars 1893, à 4 heures du soir

Président : M. LEDERLIN, professeur-doyen.

Suffragants { MM. BINET, professeur.
BOURCART, id.
CHRÉTIEN, professeur-adjoint.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

IMPRIMERIE A. NICOLLE, 25, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1893

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM.

LEDERLIN *, I O, Doyen, Professeur de Droit romain, Chargé du cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT *, I O, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.), *, I O, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit des gens.

LIÉGEOIS, I O, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire de Droit international public et Droit des Gens.

BLONDEL, I O, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I O, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I O, Professeur de Code civil.

GARNIER, I O, Professeur d'Economie politique, et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I O, Professeur de Droit romain, et Chargé du cours des Pandectes.

GARDEIL, I O, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A O, Professeur de Procédure civile, et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution).

BOURCART, A O, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

GAVET, A O, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN, A O, Professeur-adjoint, Chargé du cours de Droit international privé et du cours de Législation commerciale comparée.

LACHASSE, I O, Docteur en droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

AVANT-PROPOS

Nous assistons depuis quelques années à une sorte de réveil du droit international.

A vrai dire, les principes qui doivent présider aux relations entre les Etats sont encore, plus de deux siècles après Grotius, trop souvent violés et il faut s'attendre à ce qu'il en soit ainsi, tant que leur inobservation restera dépourvue de sanction.

Mais, sous la pression de l'opinion publique, un mouvement considérable se dessine dans les pays civilisés pour faire adopter par les divers Etats, dans leurs rapports entre eux, un ensemble de règles juridiques, un code du droit des gens.

L'arbitrage, le recours aux tribunaux arbitraux semblent devoir donner des résultats avantageux ; l'association juridique des Etats ne paraît pas irréalisable ; de tous côtés les plus éminents jurisconsultes s'efforcent de trouver la solution du problème et l'on peut espérer que le moment approche où le règne de la force va définitivement faire place au règne du droit.

S'il est vrai que le droit international a sa source dans la conscience des peuples, ce droit, à des de-

grés différents, suivant l'état de civilisation de chacun d'eux, se retrouve dans tous les temps et dans tous les pays et, à ce titre, il a sa place marquée à Rome.

L'étude du droit des gens chez les Romains, des règles juridiques qui présidaient aux rapports de Rome avec les autres Etats et déterminaient les droits et les devoirs de chacun, nous a paru, à l'heure actuelle, offrir quelque intérêt.

Cette étude sera divisée en quatre parties :

Dans la première, nous examinerons ce que les Romains entendaient par *jus gentium* ; s'ils avaient un droit des gens, comment ils le comprenaient et quel il était.

Dans la seconde partie nous étudierons le *jus fetiale*. Ce droit comprenait l'ensemble des règles juridiques suivies pour les déclarations de guerre et la conclusion des traités. Nous nous bornerons toutefois, pour suivre un ordre plus logique, à traiter dans cette partie de l'organisation du collège des Fétiaux et des déclarations de guerre ; renvoyant ce qui a trait à la conclusion des traités après l'étude du *jus bellicum* qui nous paraît devoir suivre celle de la déclaration de guerre.

Le *jus bellicum*, qui comprend les droits et obligations dérivant de l'état de guerre, fera l'objet de la troisième partie.

Enfin la quatrième partie sera consacrée à l'étude du droit de représentation (*jus legationis*) et des traités.

PREMIERE PARTIE

DU JUS GENTIUM

« Comme les Loix de chaque Etat se rapportent à son avantage particulier, le consentement de tous les Etats, ou du moins du plus grand nombre, a pu produire entre eux certaines Loix communes et il paraît qu'effectivement on a établi de telles Loix qui tendent à l'utilité, non de tel ou tel Corps en particulier, mais du vaste assemblage de tous ces Corps. C'est ce qu'on appelle Droit des gens lorsqu'on le distingue du Droit naturel (1) ».

Ce droit, que Grotius prétend retrouver chez les Romains, a vu son existence niée par d'éminents auteurs modernes (2).

LE JUS GENTIUM, LE JUS NATURALE ET LE DROIT DES GENS A ROME

Les Institutes de Justinien ont distingué le jus publicum du jus privatum et donné de celui-ci

(1) Grotius. — Le Droit de la guerre et de la paix. Dis. prel., §. 18.

(2) Laurent. — Histoire du droit des gens, t. III, p. 9.

Accarias. — Précis du Droit rom., 3^e édit., t. 1, n° 4, a. note 1.

une division tripartite : jus civile, jus gentium et jus naturale (1). Le jus naturale est le droit que la nature enseigne à tous les êtres animés ; le jus gentium est le droit établi par la raison naturelle entre tous les hommes et qu'observent tous les peuples ; le jus civile est le droit spécial aux citoyens.

Ces distinctions sont-elles bien exactes ? Le jus gentium se confond-il avec le droit des gens ? Quelle est la place de celui-ci ?

Il y a lieu d'écarter, tout d'abord, la définition donnée par Justinien du jus naturale : il n'y a pas de droit applicable aux animaux en même temps qu'aux hommes (2).

En outre, il paraît certain que, d'une façon générale, les expressions jus naturale et jus gentium étaient synonymes et qu'on les employait indifféremment l'une pour l'autre (3).

Il faut donc distinguer le jus civile du jus gentium ou jus naturale.

(1) Institutes I. 1, § 4.

Ulpien. — L. 1, 2. D. De justitia et jure I, 4.

(2) Cf. Heineccius. — Opera omnia. — Recitationes in elementa juris civilis, I. 41, 26. « Jus naturale (Ulpiano in L. 1, 3, de just et jure et Justiniano h. t., 1. 2.) est quod natura omnia animalia docuit ; jus gentium quod solis hominibus inter se commune est. — Exempla hujus juris animalibus omnibus cum homine communis dari nequeunt. — Sed quamvis fateamur bruta conjungi et procreare fetum pullis ubera præbere : id tamen non faciunt ex obligatione juris, sed ex impetu naturali ; ipsaque nesciunt quid agant. »

(3) Gaius. I. 1, confond le Droit naturel avec le Droit des gens.

A s'en tenir aux définitions de Gaius et de Justinien, ce dernier comprendrait les institutions qui se retrouvaient chez toutes les nations et qui sont établies par la raison naturelle, englobant ainsi des institutions qui rentraient dans le domaine du jus civile, comme par exemple la puissance paternelle, tandis que le jus civile comprendrait les institutions propres à la cité, formant le droit des citoyens. Il est certain que ces définitions ne doivent pas être prises à la lettre.

D'après M. Accarias (1) « le vrai sens de la distinction est celui-ci : dans toute législation il y a des règles que les tribunaux du pays ne doivent appliquer qu'entre les nationaux, elles forment le jus civile ; il y en a d'autres qu'ils doivent appliquer même dans les rapports des étrangers entre eux ou avec les nationaux, elles forment le jus gentium ».

La physionomie exacte du jus gentium nous semble avoir été donnée par M. Muirhead (2) : « On n'édifia point le jus gentium romain » dit-il, « en adoptant l'une après l'autre les doctrines et les institutions que l'on trouvait établies d'une façon générale ailleurs. Dans ses premières manifestations reconnues, c'était « un droit international privé, indépendant, qui réglait, comme tel, les relations entre pérégrins ou entre prérégrins et

(1) L. cit., I. p. 15.

(2) Introd. historique au droit privé de Rome, traduit p. G. Bourcart, p. 306.

citoyens sur la base de leur commune *libertas*. » (Voigt : *Das jus naturale æquum et bonum, und jus gentium der Römer*, t. II, p. 661). Pendant la République, il fut purement empirique et dégagé de l'influence des théories scientifiques ; mais ses extensions au début de l'empire furent l'œuvre des jurisconsultes — une combinaison de la jurisprudence comparée et de la spéculation rationnelle. (Voigt, t. I, p. 399-400.) — Il est inexact de dire qu'il était observé partout ; au contraire, c'était un droit romain, construit par des jurisconsultes romains, mais né des nécessités des relations existant avec les non Romains ou entre les non Romains ».

En somme et d'une façon générale on peut considérer le *jus gentium* des Romains comme une sorte de droit international privé.

Mais telles règles du droit international public, comme par exemple le droit d'imperium et de *jurisdictio* étaient considérées par les Romains comme partie du *jus gentium*.

Toutefois les questions les plus graves du droit international public, telles que le droit de représentation, les traités et principalement l'état de guerre rentraient dans le *jus publicum* que les jurisconsultes romains réduisaient à ces trois termes : « *sacra, sacerdotes, magistratus* (1) » : ainsi qu'on le verra au cours de cette étude, le Droit

(1) Ulpien. — L. I. §, 2. D. de just. et jur., I. 1.

des gens à Rome était avant tout le Droit religieux.

« Le jus naturale, ou droit de la nature, » dit Sumner-Maine (1), « est simplement le jus gentium ou droit des nations, vu à la lumière d'une théorie particulière... Il est à peu près inutile d'ajouter que la confusion entre le jus gentium ou le droit commun à toutes les nations et le droit international est tout à fait moderne. Le nom classique du droit international est jus feciale ou droit des négociations et de la diplomatie ».

Si l'on peut admettre dans une très grande mesure que « le jus gentium était un système que la nécessité politique imposait » (2), et dans la nécessité politique nous comprendrons la religion, il n'en est pas moins vrai que les Romains ont eu un droit des gens.

« Les Romains », dit Egger (3), « nous ont légué cette belle expression, le droit des gens, où les nations chrétiennes comprennent chaque jour un ensemble plus considérable de principes efficaces pour l'humanité ».

« Jus gentium ne signifie pas seulement en latin les règles du droit communes chez tous les peuples, par opposition au droit civil des Romains, il

(1) L'ancien Droit, p. 51.

(2) Sumner-Maine. loc. cit. p. 50.

(3) Mémoire historique sur les traités publics dans l'antiquité. -- Recueil de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, t. XXIV. 1. p. 96.

signifie encore et cela dans Tite-Live, dans Salluste et d'autres historiens, le droit que les peuples observent, même en temps de guerre, l'un à l'égard de l'autre. C'est une erreur, commune chez les modernes, de croire que le sens du mot *jus gentium* était étranger aux écrivains romains de l'antiquité. Les jurisconsultes de l'Empire semblent à peine le connaître il est vrai mais les historiens de la République l'attestent en maints passages. Cela tient à ce que les uns s'occupent uniquement des rapports entre les citoyens de la grande cité constituée par les conquêtes de Rome, tandis que Tite-Live et Salluste racontaient les rivalités mêmes des nations non encore soumises ; or c'est surtout dans les rivalités et dans les luttes des peuples que le droit international apparaît avec son caractère et son efficacité propre, pour régler l'état de paix et adoucir l'état de guerre ».

« Bien plus (et ce trait de mœurs mérite peut-être que je le rappelle ici), Tite-Live en deux passages (IV. I. — VII. 6.), se souvenant sans doute des anciennes distinctions de races sur lesquelles reposait la division des classes dans la société romaine, nous représente des patriciens qui invoquent le *jus gentium* contre les envahissements de l'ambition plébéienne, comme si, dans leurs rivalités journalières avec la noblesse, les plébéiens agissaient à titre de nation distincte et non pas à titre de citoyens d'un même Etat ».

Hübner, dans ses « Essais sur l'histoire du

Droit naturel » (1), se prononce dans le même sens : « Le droit des gens universel, qui n'est autre chose que le droit naturel lui-même appliqué aux peuples, aux Etats et à leurs chefs, comme tels, n'a point été ignoré de Cicéron. Il dit expressément (Tusc. Quest. 1) : *In reconsensio omnium gentium Jus Naturæ putanda est*, c'est-à-dire que le commun accord de tous les peuples sur une chose, en fait une maxime de Droit Naturel. Il fait surtout grand cas du Droit de la guerre et de la paix qu'il appelle une science excellente (2) ».

« Si le droit naturel proprement ainsi nommé », dit le même auteur (3), « a été connu des Romains, ce droit, appliqué aux Etats entiers ou à leurs Chefs, comme tels, et que l'on appelle alors le Droit des gens, ne l'était pas moins. Jamais un peuple n'a pris plus de précautions et n'a mieux observé ses devoirs dans les différends qui lui survenaient avec ses voisins, pour ménager ses droits, sans blesser ceux des nations étrangères. J'entends parler des premiers Romains (4) ».

(1) I. p. 185 et la note.

(2) In oratione pro Balbo, chap. 6. — *Præstabilis hæc scientia in omni Belli jure et Pacis*. — Ce qui probablement a donné occasion au célèbre Hugues van Groot, grand admirateur de l'antiquité en général et des écrits de Cicéron en particulier, d'intituler son fameux ouvrage, qui n'est à proprement parler qu'un code du Droit des gens : *Droit de la guerre et de la paix*.

(3) Loc. cit. p. 426.

(4) Sur ce dernier point toutefois le savant auteur nous paraît faire beaucoup d'honneur aux premiers Romains. La suite de cette étude le prouvera surabondamment.

L'un des adversaires de la thèse que nous soutenons ici a été amené par la force des choses à reconnaître l'existence du droit des gens à Rome. M. Accarias (1) s'exprime en effet en ces termes : « Les principales matières qui paraissent avoir été comprises dans le droit des gens à Rome sont les suivantes : 1° Les formes à suivre pour les déclarations de guerre et la conclusion des traités, surtout des traités de paix. C'est là l'objet du *jus fetiale* (Cic. de off. I. 11 ; de rep. II. 17). 2° Les droits et obligations qui dérivent de l'état de guerre ; par exemple le serment fait à l'ennemi doit être respecté, et nul ne peut prendre part à la guerre sans être soldat régulier. C'est là l'objet du *jus bellicum* (Cic. de off. I. 11 ; III. 29). 3° Les règles relatives aux *legati*, c'est-à-dire aux ambassadeurs envoyés par un peuple étranger au peuple romain ou réciproquement (L. 17. de leg. L. 7) ».

Sans doute il ne s'agit que d'un droit des gens bien imparfait, et nous ne prétendons pas que les Romains aient eu une conception bien nette et surtout bien haute de ce droit. On ne rencontrera pas dans leurs règles de droit ces principes philosophiques qui devraient en être la base.

« Cette loi qui doit servir de règle au commerce que les nations ont ensemble », dit Burlamaqui (2),

(1) Loc. cit. I. n° 4. a. not. 3.

(2) Principes de Droit naturel, t. I. 2^{me} partie, p. 221.

« ne peut être que la Loi naturelle elle-même que l'on appelle Droit des gens ou Loi des nations. La Loi naturelle, dit fort bien Hobbes, se divise en Loi naturelle de l'homme et Loi naturelle des Etats et cette dernière est ce qu'on nomme Droit des gens. Ainsi le Droit naturel et le Droit des gens ne sont au fond qu'une seule et même chose et ils ne diffèrent que par une dénomination extérieure. Il faut donc dire que le Droit des gens proprement ainsi nommé et considéré comme une loi qui émane d'un supérieur, n'est autre chose que le Droit naturel lui-même, appliqué non aux hommes envisagés simplement comme tels, mais aux Peuples, aux Nations, aux Etats et à leurs Chefs, dans les relations qu'ils ont ensemble et les intérêts qu'ils ont à ménager entre eux ».

Si l'on cherche à Rome un droit idéal, un droit « qui ne doive son existence à aucune spéculation de la part de l'homme ni à aucun art que ce soit (1) », on sera certainement déçu; mais si l'on considère, avec Sumner-Maine, le *jus gentium* comme une des formes que prennent le raisonnement et l'expérience dans le domaine spécial des études juridiques, en ajoutant qu'il prend sa source dans la conscience des peuples, on se trouve en présence de règles qui, inspirées surtout, il est vrai, par la nécessité politique et prenant leur

(1) Hubner. — Loc. cit. I. p. 13.

source dans la religion, constituent un véritable droit des gens.

A tout prendre le droit des gens n'a rien à envier au droit civil ; celui-ci n'a pas eu une source plus pure et ne peut revendiquer une origine plus spéculative.

DEUXIÈME PARTIE

D U J U S F E T I A L E (1)

Section I. — Influence de la religion à Rome.

Si nous remontons aux premiers temps de l'Etat romain, nous voyons celui-ci d'abord plus faible que ses voisins se fortifier peu à peu par une sage politique, pour arriver par des étapes successives à dominer les peuples d'Italie, puis à conquérir l'empire du monde.

Pour parvenir à ces résultats le levier le plus puissant de Rome fut assurément la religion.

C'est, au témoignage de Niebuhr, la religion qui fut le point de départ de sa puissance; c'est à elle

(1) « Telle est, d'après Hagenbuch (bei Orelli Inscr. t. I. p. 332) et Marini (Atti. p. 708, 714 et 754), l'orthographe qui se trouve dans les inscriptions les plus dignes de foi ; les Latins écrivaient *Fetialis* ; les grecs Φητιάλης. (Den. d'Hal. Aut. rom. II. 72. — Plutarque; Camille, 18; — Numa 12; quest. rom. 62) et nous ne trouvons dans aucun texte authentique l'orthographe *Fecialis* ou *Fæcialis* ; que quelques auteurs modernes ont cru devoir admettre sans vérification ».

(Weiss. — Le droit fétial et les fétiaux sous la République romaine, thèse 1880).

qu'il faut attribuer la réunion de Roma et de Rémuria, « soit qu'on fut menacé d'un danger par l'approche des conquérants étrusques, soit qu'on le craignit du côté d'Albe. — Lorsque dans la suite des temps des mariages réciproques et un culte commun eurent préparé les esprits à l'idée de ne faire qu'un seul peuple, les deux villes s'entendirent pour n'avoir plus qu'un Sénat, qu'une assemblée de la nation, qu'un roi. Dès lors on unit le nom des deux peuples. — *Populus romanus* et *Quirites* — » (1).

L'influence extraordinaire de la religion à Rome est incontestable. « Ce qui unit les membres de la famille antique, » dit M. Fustel de Coulanges (2) », c'est la religion du foyer et des ancêtres ». « La formation des curies, des phratries, des tribus s'explique par un même culte (3) ». La religion préside à tout. « Il n'y avait pas un seul acte de la vie publique dans lequel on ne fit intervenir les dieux (4) », et comme en témoigne l'éminent auteur de la Cité antique, « chez les Grecs et chez les Romains comme chez les Hindous, la loi fut d'abord une partie de la religion (5) Les Pontifes furent longtemps les seuls jurisconsultes. Droit et Religion ne faisaient qu'un » (6).

(1) Niebuhr. — Histoire romaine I. p. 411. (Traduction de Golbery).

(2) La Cité antique, p. 43.

(3) Fustel de C., loc. cit., p. 145.

(4) Fustel de C., loc. cit., p. 204.

(5) Loc. cit. p. 236.

(6) Loc. cit. p. 237 et 238.

Mais, d'autre part, il est constant que chez les peuples antiques, la religion était éminemment nationale. « De même que le culte du foyer domestique était secret et que la famille seule avait droit d'y prendre part, de même le culte du foyer public était caché aux étrangers. Nul, s'il n'était citoyen, ne pouvait assister au sacrifice. Le seul regard de l'étranger souille l'acte religieux » (1). A ce point de vue, il semble au premier abord que la religion ait pu être plus nuisible qu'utile au développement de l'Etat; mais il n'en est rien et c'est avec raison que Cicéron a pu dire : « C'est par la religion que nous l'avons emporté sur tous les peuples de l'univers » (2).

En outre, il convient de remarquer que « la religion était purement civile, c'est-à-dire spéciale à chaque cité » (3). C'était une religion essentiellement politique (4) et, au témoignage de de Beaufort, « la religion et les auspices étaient les principaux ressorts de la politique et du Sénat » (5).

(1) Fustel de Coulanges, loc. cit. p. 184 et 188.

(2) De arusp. respons. 9. « Sed pietate ac religione, atque hac una sapientia quod deorum immortalium numine omnia regi gubernarique perspeximus, omnes gentes nationesque superavimus ».

(3) Fustel de Coulanges, loc. cit., p. 245.

(4) Les critiques anciens dérivent en général ce nom (religio) de la même racine qui produit les mots diligens et diligentia; ils pensent qu'à l'origine cela voulait dire simplement exactitude et régularité. — (Boissier. — La religion romaine I, p. 21). Ces qualités étaient les seules qu'on exigeait alors des gens religieux.

(5) La république romaine p. 72.

Le culte des dieux que la religion comportait était d'une nature tout à fait singulière. « Les Romains, » dit Boissier (1), « ont une façon particulière de comprendre les rapports de l'homme avec la divinité : Quand quelqu'un a des raisons de croire qu'un dieu est irrité contre lui, il lui demande humblement la paix, c'est le terme consacré (*pacem deorum exposcere*) et l'on suppose qu'il se conclut alors entre eux une sorte de traité ou de contrat qui les lie tous les deux ; il faut que l'homme achète la protection céleste par des prières et des offrandes ; mais il serait peu convenable à un dieu qui a bien accueilli un sacrifice, de ne pas répondre par quelque faveur ».

Toutefois si la religion était essentiellement nationale et si, en principe, l'étranger n'ayant aucune part à la religion n'avait rien à attendre d'une divinité romaine, les Romains n'en invoquaient pas moins, au besoin, les divinités tutélaires de ceux qu'ils combattaient et, quand ils s'étaient emparés d'une ville, transportaient à Rome leurs statues pour se concilier leurs faveurs (2).

(1) La religion romaine, I. p. 21.

(2) Plin., *Hist. nat.* XXVIII, 4. — Tite-Live, V. 22 ; XXIX, 14.

« La politique qui régnait dans la religion des Romains se développa encore mieux dans leurs victoires. Si la superstition avait été écoutée, on aurait porté chez les vaincus les dieux des vainqueurs ; on aurait renversé leurs temples et, en établissant un nouveau culte, on leur aurait imposé une servitude plus rude que la première. On fit mieux : Rome se

Mais il ne faut pas l'oublier, Rome était unie aux Etatsqui l'avoisinaient par une origine commune ; loin d'être un obstacle à leur assimilation, la religion constituait donc à leur égard un lien tout naturel. « Quelques dieux, » dit Duruy (1), « avaient de plus nombreux adorateurs, comme Jupiter, le dieu de l'air et de la lumière, Janus le soleil...; et leur culte était le dernier lien qui tint réunies des cités d'une même origine. C'étaient de véritables amphyctionies italiennes (2) que la religion présidait et que rompit plus tard la politique des Romains, après qu'il se furent eux-mêmes

soumit elle-même aux divinités étrangères ; elle les reçut dans son sein ; et par ce lien, le plus fort qui soit parmi les hommes, elle s'attacha les peuples qui la regardèrent plutôt comme le sanctuaire de la religion que comme la maîtresse du monde.— Mais pour ne point multiplier les êtres, les Romains, à l'exemple des Grecs, confondirent adroitement les divinités étrangères avec les leurs ; s'ils trouvaient dans leurs conquêtes un dieu qui eût du rapport à quelqu'un de ceux qu'on adorait à Rome, ils l'adoptaient, pour ainsi dire, en lui donnant le nom de la divinité romaine et, en lui accordant, si j'ose me servir de cette expression, le droit de bourgeoisie dans leur ville... Les Romains, qui n'avaient proprement d'autre divinité que le génie de la République, ne faisaient point attention au désordre et à la confusion qu'ils jetaient dans la mytologie ; la crédulité des peuples, qui est toujours au-dessus du ridicule et de l'extravagant, réparait tout. » (Montesquieu. Politique des Romains dans la religion).

(1) Histoire des Romains, I. p. 78.

(2) On appelait ainsi douze villes liées par des traités d'alliance ; chaque année, elles déléguaient des ambassadeurs (*xepuxnç*) pour s'occuper des intérêts communs.

servis des fêtes latines pour assurer leur suprématie sur le Latium (1) ».

M. Fustel de Coulanges s'est, lui aussi, prononcé dans ce sens quand il a écrit (2) : « Dans un temps où nul n'avait le droit d'assister aux fêtes religieuses d'une nation, s'il n'appartenait à cette nation par la naissance, les Romains avaient cet avantage incomparable de pouvoir prendre part aux fêtes latines ».

Quel puissant instrument de domination que cette religion entre les mains du Sénat pour en imposer à tous. « Les batailles à demi-perdues étaient changées en victoire quand un brave citoyen se jetait comme victime expiatoire dans l'abîme ou sur l'ennemi » (3).

« Par la religion », dit Montesquieu (4), « on voulait faire voir au peuple que les mauvais succès, les villes prises, les batailles perdues n'étaient point l'effet d'une mauvaise constitution de l'état ou de la faiblesse de la République, mais de l'impiété d'un citoyen contre lequel les dieux étaient irrités ».

Combien enfin cette religion était commode pour manquer à sa parole ou violer ses engagements quand l'intérêt de l'Etat le commandait.

Un exemple du caractère essentiellement politi-

(1) Tit.-Liv. II, 44 ; — VI, 10. — X, 16. — VII, 25.

(2) Loc. cit. p. 476.

(3) Mommsen. Histoire Romaine, I. p. 214.

(4) Politique des Romains dans la religion.

que de la religion romaine est rapportée par Niebuhr (1) : « Quand les deux villes, Roma et Remuria », dit l'éminent historien, « furent mises sur un pied d'égalité, elles bâtirent sur le chemin du mont Quirinal au mont Palatin le double Janus (Janum Quirini) pour servir de communication à travers la double enceinte qui séparait leurs territoires. Il y eût une porte du côté de chaque cité : elle était ouverte en temps de guerre afin que chacune pût recevoir du secours de l'autre, fermée pendant la paix ».

L'esprit d'équité qui aurait présidé aux rapports des anciens Romains avec les autres peuples et qui d'ailleurs faisait souvent place à la plus insigne mauvaise foi, ne saurait donc être attribué à leur piété à l'égard des dieux. Sans doute, les historiens de Rome ont pris soin de nous apprendre que le bon droit était sans cesse de son côté et nous ont représenté ses adversaires sous les plus noires couleurs. « J'ai déjà remarqué ailleurs, » dit de Beaufort (1), « que si l'on se rapporte à leurs histoires, les Romains ne sont jamais les agresseurs ; ils sont toujours attaqués.... » et suivant l'expression de Montesquieu (2) : « Ce ne fut que la victoire qui décida s'il fallait dire la foi punique ou la foi romaine ».

Il n'y a pas de comparaison à établir entre les

(1) Loc. cit. Disc. prélim. p. XXVII.

(2) Esprit des lois. Liv. XXI ch. XI.

rapports de Rome maîtresse du monde avec les autres nations, et ceux de la Ville primitive avec ses voisins : au temps de l'omnipotence romaine, le droit des gens c'était le droit romain. Faut-il en conclure que, s'il n'en a pas toujours été ainsi, c'est à la seule faiblesse de l'Etat romain primitif qu'il faille en faire remonter la cause ? — Nous ne le croyons pas et une telle conclusion nous semble excessive.

Les principes de justice ont eu leur part dans les règles du droit des gens à Rome, comme dans celles du droit civil. Combien plus grande a été celle de la religion, non d'une religion telle que nous la concevons aujourd'hui, mais de cette religion politique qui était celle des Romains.

Section II. — Sens du mot *hostis* à Rome. — Le droit féodal

Si nous considérons les premiers temps de Rome, celle-ci nous apparaît entourée d'hostes.

Traduire le mot « *hostis* » par le mot « ennemi » serait aussi inexact que d'attribuer le même sens dans la langue grecque au mot « βαρβαρος » (1).

Pour les premiers Romains, *hostis* est loin de signifier ennemi : « *Illud animadverto* », dit Ci-

(1) On sait que les Grecs appelaient barbares, les peuples qui ne parlaient pas la langue grecque : βαρβαρους δε παντας οι Αιγυπτιοι καλεουσι τους μη σφισι ομογλωσσους (Hérodote II. 158) ; Strabon XIV, II, 28.

céron (1), « quod, qui proprio nomine perduellis esset, is hostis vocaretur, lenitate verbi rei tristitiam mitigatam », et Varron se prononce dans le même sens (2) : « Multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis; nam tum eo verbo dicebant peregrinum, qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum, quem tum dicebant perduellem. »

A l'origine, *hostis* était synonyme d'*æqualis* comme l'explique fort bien M. Bourcart (3), « *Hostis* a de l'analogie avec *hospes*, peut-être formé de la contraction *hosti-pes* (pès tiré du grec ou encore contraction de *petens* — celui qui donne l'aide, celui qui le réclame), d'où le germanique *gast*, en anglais *guest*. Certains textes emploient *hostis* comme synonyme de *hospes*, (Servius in *Æne.* IV, 424 : « Non nulli autem juxta veteres hostem pro hospite dictum accipiunt » et le vers de Virgile : (*Eneide* IV, 424) « I soror, atque hostem supplex affare superbum ». Nous invoquerons encore dans le même sens l'opinion de Mommsen (4) qui assimile les mots *hostis*, *gast* (en goth) *gasti* (en slave) *ξενος* (en grec) et *hospes* ».

C'est vis à vis des égaux de Rome que prit naissance et se pratiqua le *jus fetiale*, c'est-à-dire

(1) De officiis, I. 12.

(2) Varro. — De lingua latina, IV.

(3) Muirhead. — Loc. cit., p. 136, note 2 bis.

(4) Das romische gastrecht. (Romische Forschungen), p. 326-327 et n° 2.

l'ensemble des règles juridiques suivies pour les déclarations de guerre et la conclusion des traités (1).

Section III. — Origine des Fétiaux (2)

« Fœtiales apud veteres Romanos erant qui sancto legatorum officio ab his qui adversum populum romanum, vi, aut rapinis, aut injurias, hostili mente commoverant, pignera facto fœdere jure repetebant; nec bella indicebantur, quæ tamèn pia vocabant, prinsquam id fuisset Fœtialibus denuntiatum (3) ».

Nous n'avons pas la prétention de trancher la querelle qui s'est élevée au sujet de l'origine du mot « Fétial ». — D'après Varron, il dériverait du mot *fides* : « Fætiales, dit-il (4), *fidei publicæ inter populos præerant*. — Suivant Servius, au contraire, il viendrait de *fedus* ou *fœdus* (5).

L'origine qu'en donne Festus (6) de *ferio*, du mot *ferire*, nous semble toutefois assez rationnelle, l'expression « *fœdus ferire* » étant consacrée à Rome.

(1) Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre introduction, nous traiterons la partie du droit fétial qui a trait à la conclusion des traités dans la quatrième partie de cette étude.

(2) Voir Grotius. — « *De jure Belli et Pacis*, III. III.

(3) Nonius, p. 529-17.

(4) *De lingua latina*, V. 15.

(5) Ad. *Æneid.* I. 62. — IV. 242 ; — VIII. 641 ; — X. 14.

(6) V^o *Fætialis*. « *Fætialis a feriendo dicti ; apud hos enim belli pacisque feriendæ jus est.* »

Quoiqu'il en soit, l'institution des fétiaux est assurément contemporaine des premiers temps de la cité. D'après Montesquieu, (Politique des Romains), les fécialiens auraient été établis par Numa Pompilius. « Il est vraisemblable », dit Mommsen (1), « sans qu'on puisse toutefois le prouver, que les anciens collèges sacerdotaux de Rome, les augures, les Pontifes, les Vestales, les Fétiaux sont venus de la combinaison des corporations du Palatin et du Quirinal ».

En tous cas, il est certain que la plupart des Etats de l'Italie méridionale ont connu l'institution des fétiaux. Au témoignage de Hubner (2), « elle aurait été importée en Italie par les Pelasges dont les armées étaient toujours précédées par des hommes sacrés qui ne portaient pour toutes armes qu'un caducée orné de bandelettes. Les Grecs appelaient ces hommes « Eirenophylakes », c'est-à-dire gardiens de la paix, en prenant cette dénomination de la fonction de leur charge, parce qu'ils apaisaient par leur entremise tous les différends et ne permettaient d'en venir aux mains qu'après que toute espérance de paix était perdue. »

D'après Ampère (3), « les Fétiaux, prêtres de Fides, la bonne foi, déesse sabine, étaient eux-mêmes d'institution sabine ; l'herbe pure qu'ils portaient avec eux et qui les rendait inviolables de-

(1) Histoire romaine I. p. 100.

(2) Essais sur l'histoire du droit naturel, I. p. 427 et suiv.

(3) L'histoire romaine à Rome II, p. 8.

vait être cueillie sur le Capitole où avait habité Tatius. (Serv. *Æneid.* XII. 120). Les Fétiaux existaient chez d'autres peuples appartenant à la même race, tels que les samnites ; c'était une coutume générale chez les nations sabelliques et que probablement elles avaient reçue des Pélasges.... »

« En attribuant aux Sabins l'établissement des Fétiaux à Rome, la tradition est conforme à la vraisemblance. Quand on douterait que leur renom de religieuse moralité fut complètement mérité, il faudrait admettre que ce renom reposait sur quelque chose. Une institution qui fut un hommage, un droit quelconque, ne pouvait venir du Palatin, où une population sans lois, mêlée à des aventuriers, devait être étrangère à toute tradition de droit international. Cette tradition peut avoir existé chez une nation plus civilisée, dès longtemps en rapport et en contact avec l'Etrurie qui l'était encore plus. Les Romains la conservèrent, parce que le Fétial personnifiait en lui ce sentiment du droit emprunté aux Sabins que les Romains portèrent dans leurs guerres les plus uniques ; car il leur sembla toujours juste de conquérir l'empire du monde ».

Section IV. — Les Fétiaux et leurs attributions.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, les Fétiaux étaient un des anciens collèges sacerdotaux de Rome. Celui-ci comprenait vingt membres. « Les

Fétiaux, juges du droit public, « dit Niebuhr (1), « étaient au nombre de vingt; il y en avait donc un de chaque curie pour les deux premières tribus; c'est ainsi que l'on en choisissait quatre pour ambassadeurs, c'est-à-dire deux de chaque tribu ».

Dans le principe les patriciens purent seuls faire partie du collège des Fétiaux comme des autres collèges; mais il est probable que les plébéiens y arrivèrent à leur tour (2).

L'habitation des Fétiaux était probablement comme celle des Flamines près du temple de Bellone et de la Colonne de la guerre d'où ils jetaient du côté de l'ennemi que Rome voulait attaquer une lance ensanglantée (3).

Depuis la République le collège des Fétiaux se recrutait par la cooptatio, c'est-à-dire par l'élection de ses propres membres. Il en était d'ailleurs de même pour les anciens collèges. « La nomination des prêtres (4) qui avait été une prérogative royale ne fut pas transférée aux consuls ».

Le collège était présidé par le Magister Fetialium: quant au Pater Patratus, c'était un membre

(1) Hist. rom. I, p. 425.

(2) Duruy. — Loc. cit. I, p. 273. — En 300 la loi Ogulnia, vivement soutenue par un Decius décréta qu'il y aurait à l'avenir quatre pontifes et cinq augures plébéiens; c'était le partage du sacerdoce. (Cf. Mommsen II, p. 334. — Niebuhr I, p. 425. — Ampère II, p. 364, note 1).

(3) Ampère. — Loc. cit. II, p. 370.

(4) Mommsen. — I, p. 313.

qui remplissait, comme nous le verrons, une fonction toute temporaire.

« On compte encore, « dit de Beaufort (1) », les Fétiales dont les fonctions principales consistaient à faire attention que les Romains ne s'engageassent pas légèrement dans des guerres injustes. En général, c'était à leur collège que se rapportait tout ce qui concernait le droit des gens, soit que les Romains se prétendissent lésés, soit que quelque autre nation se plaignit d'eux et comme les Romains coloraient ou tâchaient de colorer toutes leurs guerres d'une apparence de justice, ils n'en entreprenaient aucune qu'ils n'eussent consulté les Féciaux, qui étaient trop raisonnables pour leur faire perdre par de vains scrupules les occasions d'étendre leurs conquêtes ».

Et pour compléter ce tableau et déterminer le caractère et le rôle des Féciaux, nous ajouterons, avec Duruy (2), que « si les prêtres ne composaient pas un ordre à part, ils formaient à raison de leurs fonctions sacerdotales des collèges particuliers tout en demeurant comme sénateurs ou magistrats membres actifs de la Société et, comme citoyens, sujets de la loi et ses représentants. Si donc, à Rome, la religion et ses ministres furent liés à la politique, ce n'était pas en la dominant, mais en lui restant toujours subordonnés ».

Aussi ne faut-il prendre que pour une affir-

(1) Loc. cit., p. 45.

(2) Loc. cit., p. 96.

mation purement gratuite la théorie de Hubner (1) lorsqu'il dit : « Quand les Fétiaux s'opposaient à la déclaration de guerre et refusaient d'y donner les mains, il n'était permis ni aux particuliers, ni au dépositaire de la souveraineté de s'y résoudre ou de prendre les armes. Il fallait que le souverain reçut d'eux cette permission, après quoi il pouvait délibérer et choisir les moyens les plus convenables pour conduire heureusement la guerre ».

Il n'y a pas d'exemple dans l'histoire romaine d'un refus des Fétiaux de procéder aux formalités de la déclaration de guerre qui d'ailleurs, nous le verrons, était votée par le Sénat, puis par les comices, — tandis qu'on peut relever à leur actif diverses entorses heureuses données aux rites pieux auxquels ils présidaient.

« Denys d'Halicarnasse et plusieurs auteurs écrivains très estimables, » dit Hubner (2), « attribuent à l'établissement du collège des Fétiaux toutes les prospérités de Rome ; car, dit cet historien, « comme les Romains n'entreprenaient aucune guerre qui ne fut très juste, ils ont toujours éprouvé le secours des dieux ».

Section V. — Sens de l'expression *bellum justum*.

D'après les historiens de Rome, les Romains n'entreprenaient pas de guerre qui fut injuste.

(1) Loc. cit. I, p. 431.

(2) Loc. cit. I, p. 434.

Pour qui étudie l'histoire romaine, l'épithète de « justum » qu'on retrouve inmanquablement appliquée à « bellum » n'a rien à voir avec la justice ou l'équité, malgré les assertions de Tite-Live qui écrit (1) : « Ideo felicia esse sua bella gloriabantur, quia justa essent, nec tamen in exitu eorum quam in principio, quod non sine causa susciperentur, victoriæ causam sitam esse ».

Le sens du mot « justum » est celui-ci : une guerre est juste quand elle a été précédée des formalités prescrites par le droit fétial, quand les Fétiaux se sont acquittés des cérémonies religieuses d'usage.

C'est ce qui résulte formellement du passage suivant de Cicéron (2) : « Ex quo intelligi potest nullum bellum esse justum, nisi quod aut rebus repetitis geratur, aut denuntiatur ante sit et indictum ».

Au témoignage du même auteur (3), ces cérémonies avaient, à son époque, pour principal objet d'en imposer aux masses : « Retinetur autem et ad opinionem vulgi, et ad magnas utilitates reipublicæ, mos religio disciplina, jus augurum, collegii auctoritas ».

On trouve d'ailleurs dans Niebuhr (4) une page qui peint d'une façon topique les procédés des Romains en matière de déclaration de guerre : C'était

(1) XLX, 22.

(2) De off. I. 11.

(3) De divin. II, 33.

(4) Loc. cit. V, p. 249. — Tit.-Liv. VIII, 39.

en 423 ou 428 avant la deuxième guerre samnite : « La guerre n'était pas déclarée que déjà les Romains se battaient devant Naples avec la garnison samnite. Il vint des députés accompagnés d'un Fécial ; ils exigèrent le départ de cette garnison samnite et la renonciation de toute prétention sur Frégelles ; ils protestèrent contre les menées qui avaient pour but d'insurger les sujets romains et demandèrent l'extradition des coupables et des artisans de trouble, pour les livrer au jugement du peuple romain. Tite-Live cherche à mitiger ce qu'il y a d'intolérance dans ces exigences Après avoir entendu cette réponse (des Samnites), le fécial attesta les dieux que le peuple romain venait de satisfaire au droit divin et humain : la tête voilée, il étendit les mains au ciel et pria. Si les Romains commencent la guerre, dit-il, parce qu'ils ont inutilement demandé réparation de l'injure, puissent les dieux immortels bénir leurs conseils et leurs actions ! Si, au contraire, ils ont violé leurs serments, s'ils ont imaginé un vain prétexte à une guerre injuste, que les dieux maudissent et leurs conseils et leurs actions ! » (1).

« Prière criminelle que le prêtre doit avoir prononcée avec terreur, à moins qu'il ne fut un hypocrite charlatan. Il est évident, encore aujourd'hui, que Rome enfreignit ses serments et qu'elle donna lieu à la guerre en heurtant le droit des Samnites ».

(1) Denys d'Halicarnasse. Exc. legat. p. 2319-2317.

« Ainsi cette institution religieuse qui devait servir de garantie contre l'audace et la violence, cette institution qui fut toute puissante tant que les passions n'étaient que faiblement excitées avait déjà dégénéré au point de devenir elle-même une cause de crime et d'endurcissement. En effet, elle avait cessé d'inspirer le respect et n'était plus qu'une vaine formalité ».

Section VI. — De la déclaration de guerre.

§ I. — Formalités de la déclaration de guerre.

Les formes précises de la déclaration de guerre nous ont été transmises par Tite-Live. Le fétial, pour accomplir sa mission, se rendait sur les frontières du peuple ennemi. Il avait la tête voilée (*capite velate filo*) et son voile de laine était comme un symbole de pureté. Il portait une couronne de verveine, cueillie dans une enceinte sacrée, qui devait lui assurer l'inviolabilité. C'est ce qui résulte du passage suivant de Servius (1) : « *Atqui feciales et pater patratus, per quos bella vel fœdera confirmabantur, nunquam utebantur vestibibus lineis... qua verberna coronabantur feciales et pater patratus, fœdera facturi, vel bella indicturi* ». Et aussi de la loi 8 p. et § 1, D. de *divis. rerum et qualitate*. l, 8, qui est ainsi conçue :

(1) Ad *Æneid.* XII, 120.

« Sanctum est, quod abinjuria hominum defensum, atque munitum est. — Sanctum autem dictum est a sagminibus. Sunt autem sagmina quædam herbæ, quas legati Populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret, sicut legati Græcorum ferunt ea quæ vocantur cerycia ».

Invoquons encore le témoignage de Tite-Live qui s'exprime en ces termes : « Sagmina vocantur verbenæ, id est herbæ puræ, quia ex loco sancto carpebantur a consule prætorve, legatis proficiscentibus ad foedus faciendum, bellumque indicendum » (1).

Le pater patratus dont il vient d'être fait mention était un fétial élu par ses collègues, qui parlait en leur nom et dont il était le premier. Car le nombre des fétiaux envoyés par le peuple romain variait suivant les circonstances. « Quum enim volebant bellum indicere », dit Servius (2), « Pater patratus, hoc est princeps fetialum proficiscebatur ad hostium fines et præfatus quædam solemnia, clara voce dicebat, se bellum indicere propter certas causas ; aut quia socios læserant, aut quia nec abrepta animalia, nec obnoxios redderent. — Et hæc clarigatio dicebatur a claritate vocis ».

La formule employée était la suivante : « Audi, Jupiter ; audite Fines (cujuscumque gentis sunt nominat), audiat Fas. Ego sum publicus nuntius

(1) I. 24. Conf. Montesquieu. Politiq. des Rom. dans la religion.

(2) Ad. Æneid. X, 52. — Pline. His. nat. XXII, 5.

Populi Romani, juste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit ».

Venait ensuite l'exposé des griefs du peuple romain. Après quoi le pater patratus s'écriait : « Si ego injuste impieque illos homines illasque res dedier, nuntio Populi Romani mihi que exposco, tum patriæ compotem me nunquam siris esse » (1).

Puis après avoir répété cette formule jusque sur la place publique de la ville ennemie, les fétiaux revenaient à Rome (2).

Au bout de trente-trois jours, si la satisfaction demandée n'avait pas été accordée, ils retournaient une deuxième fois sur le territoire ennemi et le pater patratus prononçait les paroles suivantes : « Audi Jupiter, et tu, Juno Quirine, diique omnes cœlestes, vosque terrestres, vosque inferni, audite. Ego vos testor, populum illum (quicumque est, nominat) injustum esse, neque jus persolvere. Sed de istis rebus in patria majores natu consulemus, quo pacto jus nostrum adipiscamur » (3).

Après quoi il rentrait à Rome et le Sénat était consulté sur l'opportunité de la guerre.

Le roi, (ou sous la République les consuls), faisait l'exposé de la situation : « Quarum rerum, litium,

(1) Tit-Liv. I. 32.

(2) On envoyait généralement trois ou quatre fétiaux qui étaient quelquefois accompagnés de députés (legati), Tit. Liv. IV, 58. Denys. D. Hal. XV. 7.

(3) Lit.-Liv., I. 32.

causarum condixit pater patratus Populi Romani Quiritium patri patrato priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis, quas res dari, fieri, solvi oportuit, quas res nec dederunt, nec fecerunt, nec solverunt, dic, quid censes ». Et il s'adressait au sénateur qui devait opiner le premier. Celui-ci approuvait en ces termes : « Puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consentio conciscoque ». Chaque sénateur suivant l'ordre de l'album donnait son avis et quand la majorité était acquise, la guerre, au moins dans les premiers temps, comme nous le verrons plus loin (1), était décidée.

Alors les Fétiaux retournaient pour la dernière fois sur les frontières ennemies. Le pater patratus était porteur d'une lance ensanglantée (*hasta ferrata aut sanguinea praeusta*) et, en présence de trois témoins pubères (non minus tribus puberibus praesentibus), il prononçait les paroles suivantes : « Quod populi priscorum Latinorum hominesque prisci Latini adversus Populum Romanum fecerunt, deliquerunt, quod Populus Romanus Q. bellum cum priscis Latinis jussit esse, senatus Populi Romani Q. censuit, consensit, conscivit, ut bellum cum priscis Latinis fieret; ob eam rem ego Populusque Romanus, populis priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis bellum indicio facioque » (2).

Dès lors la guerre était déclarée.

(1) *Infra* p. 35.

(2) Tite-Live, I, 32.

§ 2. Comparaison avec les legis actiones.

Il est impossible de n'être pas frappé de la similitude complète qui existe entre les formalités de la déclaration de guerre et la procédure des legis actiones (2).

Le demandeur commençait par affirmer son droit : puis il invitait le défendeur à se présenter in jure au bout de trente jours pour le choix et l'institution du juge : enfin venait la comperendinatio par laquelle les plaideurs se donnaient rendez-vous devant le juge pour le troisième jour (in diem tertium sive perendinum).

Or, non seulement les cérémonies de la déclaration de guerre : délai de trente-trois jours, sommation, sont les mêmes ; mais encore les termes employés se retrouvent dans les legis actiones : « Quarum rerum, litium causam condixit pater patratus ». C'est l'expression dont se servait, comme nous l'avons vu, le rex, en consultant le Sénat après la denuntiatio des Fétiaux (3).

§ 3. Comparaison de l'institution des Fétiaux avec les institutions étrangères analogues.

L'institution des Fétiaux, comme on l'a vu plus haut, n'était pas d'origine romaine ; elle était en

(2) Accarias II, n° 742 et s.

(3) Festus v° Condicere : « Condicere est dicendo denuntiare, v° Condictio : in diem certum, ejus rei quæ agitur denuntiatio.

Gaius IX. 18. — Instit. IV, 6. 15.

usage chez tous les peuples de l'Italie méridionale. Sous des formes différentes, elle se retrouve d'ailleurs chez des nations d'une toute autre origine. C'est ainsi que chez les Gaulois, les Druides paraissent avoir joué un rôle du même genre et qu'ils prétendirent, au témoignage de Mommsen(1), à la décision des questions de paix et de guerre.

De même en Grèce, où le droit d'Amphictyonie limité d'abord à deux villes, puis étendu dans la suite à toute la Grèce, était en vigueur, on retrouvait un envoyé chargé du soin des sacrifices — *ιερομνημων*, — et un envoyé portant la parole — *πυλαγορας* (2).

La loi 8. D. I. 8 rapportée plus haut dit que les envoyés grecs — qui étaient désignés sous le nom de *κηρυκες*, — emportaient comme signe d'inviolabilité des cerycia, en grec *κηρυκεια* (3). C'est de là que vient le mot caducée dont on verra plus loin l'usage.

§ 4. — Du droit de déclarer la guerre.

Ainsi que nous l'avons exposé, c'est devant le Sénat que la question de la guerre était portée après la *denuntiatio* des fétiaux. Mais dès une époque très ancienne, le vote du Sénat seul devint insuffisant et à partir de Servius Tullius les Comices doivent être consultés.

(1) Loc. cit. VI, p. 279,

(2) Dissert. sur les Amphictyons par M. de Valois. — Acad. des Inscr. 1714, III, 191, s. 203.

(3) *πολεμοι ακηρυκτοι*, dit Thucydide, I, 29.

Au témoignage de Niebuhr (1) « dans l'origine la résolution en était prise par les Curies, mais les lois de Servius ont communiqué ce droit aux Centuries comme le pouvoir électif et législatif, d'autant plus qu'elles représentaient l'armée. Les Centuries, dans tous les cas où il ne s'agissait pas d'une guerre défensive, avaient droit de délibérer sur son opportunité comme sur toute espèce de loi que, dans l'origine, eussent pu rendre le Sénat et les Curies ». Ailleurs le même auteur ajoute : (2) « Il n'est pas douteux que les XII Tables n'aient rétabli le droit que Servius avait donné aux Centuries de décider de la paix et de la guerre » (3).

Enfin plus tard, probablement après la loi Hortensia (467. u. c.), la décision fut prise par le peuple entier : « La déclaration de guerre », dit encore Niebuhr (4), « résolue par le Sénat et les Gentiles, fut soumise à l'acceptation de la commune, tandis qu'auparavant, c'étaient les Centuries qui donnaient leur assentiment ».

C'est ce que Tite-Live exprime en ces termes : « Omnes tribus bellum jusserunt » (5).

Avec l'empire ce droit disparut comme les autres.

(1) Loc. cit. III, p. 247, note 412.

(2) Loc. cit. IV, p. 156.

(3) Tite-Live IV, 30.

(4) Loc. cit. IV, p. 415.

(5) VI, 21.

§ 5. — Cérémonies accessoires.

Avant d'en venir aux mains, on procédait à des cérémonies religieuses et des sacrifices pour acheter la faveur des dieux. « Les douze saliens ou sauteurs — gardiens des ancilia — qui chaque année, au mois de mars, dansaient la danse des armes, aussitôt la guerre déclarée, entraient dans le temple du dieu qui tue pour frapper de leurs propres piques sur son bouclier d'airain en s'écriant : « Mars éveille-toi ! — Mars vigila ! — (1) »

« On sait », dit Ampère (2), « où les magistrats devaient, en compagnie des augures, consulter les présages, ce qu'on appelait prendre les auspices ; c'était, lorsqu'une armée partait de Rome, hors de la ville mais près de la ville... Le voisinage de Rome était considéré comme une condition nécessaire à la perfection des auspices. — Quand la guerre fut portée hors de l'Italie, on imagina de désigner dans le pays conquis (*in captivo agro*) un lieu qui représentait Rome à l'étranger et où, s'il en était besoin, l'on revenait chercher les auspices (*Servius ad Æneid II, 178* ».

Section VII. — Dérogations aux principes.

Décadence des Fétiaux.

Telles étaient les formes suivies pour la déclaration de guerre. Toutefois les nécessités politi-

(1) Duruy. *loc. cit.* I, p. 98.

(2) *Hist. rom. à Rome II*, p. 364.

ques faisaient quelquefois déroger aux règles que nous venons d'exposer.

C'est ce qui eut lieu notamment quand les Romains portèrent la guerre hors de l'Italie. « Cum Pyrrhitemporibus adversus transmarinum hostem bellum Romani gesturi essent, neque invenirent locum ubi hanc solemnitatem per Fetiales indicendi belli celebrarent, dederunt operam, ut unus de Pyrrho militibus caperetur quem fecerunt in circo Flaminio locum emere, ut quasi in hostili loco jus belli indicendi implerent, denique eo in loco ante ædem Bellonæ consecrata est columna » (1).

De même quand il s'agit de déclarer la guerre à Philippe de Macédoine, les Fétiaux décidèrent que, pour que la déclaration de guerre fut parfaite, il suffisait que les formalités en fussent accomplies au poste le plus voisin de la frontière et le même mode fut employé dans la guerre contre Antiochus (2).

Toutefois, et pour les motifs tirés de la religion que nous avons exposés plus haut, on continua autant que possible à suivre les anciens rites.

Il est vrai que sous les empereurs le rôle des fétiaux paraît bien amoindri et leur ministère tombé en désuétude. Mais au témoignage de Suétone (3) ils remplirent encore leur ancien ministère sous le règne de l'empereur Claude, et Tacite nous en entretient encore à l'époque de Tibère (4).

(1) Servius. ad. Æneid. IX, 53.

(2) Tit.-Liv. XXXVI, 3 — XXXVIII, 46.

(3) Claude. 25.

(4) Ann. III, 64.

TROISIÈME PARTIE

D U J U S B E L L I C U M

Nous avons vu le sens qu'il faut attribuer à l'expression « *justum bellum* ». Il convient de rechercher à présent quels sont ceux qui sont atteints par la déclaration de guerre, dans quelles limites ils le sont, quels sont enfin les droits et les obligations qui dérivent de l'état de guerre.

Section I^{re}. — Des belligérants

Le droit de guerre n'appartient qu'à l'autorité compétente. « *Non est singulis concendendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi* » (1).

De là la distinction entre les ennemis et les brigands ou les voleurs. « *Hostes hi sunt* », dit Pomponius « *qui nobis, aut quibus nos publice bellum decrevimus; cæteri latrones aut prædones sunt* » (2).

(1) L. 176. D. De div. reg. juris antiqui. L. 17.

(2) L. 118. D. De verb. sig. L. 16.

On voit que le mot *hostis* a perdu sa signification première. C'est ce que Cicéron constatait : « *Hostis enim, apud majores nostros, is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus* ».

Il est d'ailleurs certain que, dans les premiers temps de Rome tout au moins, le métier de brigand ou de pirate ne soulevait aucune réprobation ; l'histoire romaine, en fournit la preuve. C'était du reste un usage général chez les peuples de l'antiquité et César, parlant des Germains, dit encore : « *Latrocinia nullam habent infamiam quæ extra fines cujusque civitatis fiunt* » (1).

Le *jus bellicum* ne s'appliquait pas aux brigands, voleurs ou pirates, mais à ceux-là seuls qui étaient devenus ennemis par suite d'une déclaration de guerre.

La loi 24. D. de captiv. 49. 15, s'exprime ainsi : « *Hostes sunt, quibus bellum publice Populus Romanus decrevit, vel ipsi Populo Romano : cæteri latrunculi vel prædones appellantur. Et ideo, qui a latronibus captus est, servus latronum non est : nec postliminium illi necessarium est. Ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, servus est hostium et postliminio statim pristinum recuperat* ».

Il en était de même au cas de guerre civile, ainsi qu'il résulte d'un¹ texte d'Ulpien, — la loi 21 au même titre, § 1. — « *In civilibus dissentioni-*

(1) De bello gallico. VI, 23.

bus, quamvis sæpe per eas respublica lædatur, non tamen exitium reipublicæ contenditur ; qui in alterutras partes discedent, vice hostium non sunt eorum, inter quos jura captivitatum aut postliminiorum fuerint : et ideo captos, et venundatos, posteaque manumissos, placuit, supervacuo repetere a Principe ingenuitatem quam nulla captivitate amiserant » (1).

Section II. — Des droits de la guerre

Quelle était donc la situation faite aux ennemis au cours d'une guerre régulière ?

Le principe peut se traduire ainsi : Tout était permis au vainqueur. « Quodcumque libuit facere victori licet » (2).

C'est ainsi qu'outre le droit de tuer les ennemis dans le combat, les vainqueurs avaient, en dehors de toute lutte, le droit de mettre à mort les vaincus : « Ubi bellum ingruat », dit Tacite (3) « innocentes ac noxios juxta cedere ».

Entre autres exemples de ce droit poussé à son extrême limite, on peut citer le massacre des Samnites, pubères ou impubères, armés ou non, libres ou esclaves, entrepris par les Romains après les Fourches Caudines (4).

(1) Conf. L. 13 pr. D. qui test. fac. 28. 1. — L. 19, § 2, de capt. 49. 15.

(2) Sénèque. — Les Troyennes, vers 336.

(3) Ann. I, 48.

(4) Tite-Live IX, 14.

Mais d'une manière générale, on peut dire que les Romains ne se laissèrent aller à l'exercice de ce droit dans toute sa rigueur que sous l'empire de sentiments de vengeance ou pour faire un exemple et que, plutôt dans un but politique peut-être que par humanité, ils usèrent souvent de clémence envers les vaincus.

Par ennemis, il faut entendre non seulement les belligérants ou les sujets appartenant à la nation à laquelle la guerre a été déclarée, mais encore les étrangers qui se trouvent dans le pays ennemi. Grotius rapporte l'exemple de Cneus Manlius qui, accusé d'avoir fait la guerre aux Gaulois, quoiqu'elle n'eut été ordonnée que contre Antiochus, se défendit ainsi : « Atqui cum Antiocho, non cum Gallis bellum et Senatus decreverat et populus jusserat. Sed simul, ut opinor, cum his decreverant jusserantque, qui intra ejus præsidia fuissent. (Tite-Live. XXXVIII, 48) » (1).

Toutefois Tite-Live raconte qu'avant le siège de Capoue, les Campanéens furent invités à sortir de la ville : « Consulibus litteræ a P. Cornelio Prætore missæ, ut priusquam clauderent Capuam operibus, potestatem Campanis facerent, ut, qui eorum vellet, exirent ab Capua, suasque res secum auferrent » (2).

Au reste, la condition des étrangers était en tout temps des plus précaires.

(1) Liv. III, chap. II, § 2, n° 5, note 4.

(2) Tite-Live XXV, 22.

Au témoignage de de Beaufort (1), « on chassait quelquefois les étrangers de Rome. L'an de Rome 627, M. Junius Penu, tribun du peuple, ordonna par une loi à tous les étrangers qui se trouvaient à Rome de vider la ville incessamment ». A en croire Montesquieu, ailleurs ils étaient encore moins bien traités : « Carthage », dit-il (2), « avait un singulier droit des gens : elle faisait noyer tous les étrangers qui trafiquaient en Sardaigne et vers les colonnes d'Hercule ».

En somme le droit du plus fort était la seule loi applicable entre les Romains et les peuples qui n'étaient ni leurs amis, ni leurs alliés, ni leurs hôtes, même en temps de paix et s'ils se faisaient des prisonniers, ceux-ci étaient légitimement esclaves. C'est ce qui résulte de la Loi 5. 2. D. de cap. 49. 15. ainsi conçue : « In pace quoque postliminium datum est : nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiae causa factum habemus : hi hostes quidem non sunt : quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit : et liber homo noster ab iis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat, hoc quoque igitur casu postiliminium datum est ».

En définitive, le droit des gens permettait d'exercer des hostilités contre l'ennemi en tout temps, et aussi partout où on le trouvait.

(1) Loc. cit. p. 171.

(2) Esprit des lois XXI, ch. XI.

Section III. — Des actes d'hostilité permis.

Les actes d'hostilité permis n'étaient pas limités quant à leur nature et le choix des moyens employés importait peu, pourvu que le succès fut assuré.

C'est ce qu'exprime très bien Hübner(1) quand il dit : « Cette erreur que la Justice et la Guerre sont deux choses incompatibles l'une avec l'autre, quoique grossière et peu digne d'un homme raisonnable, était si enracinée et invétérée parmi les anciens que Sénèque, le sage Sénèque, s'en est même laissé imposer : car il est d'avis qu'on ne peut pas en même temps agir en honnête homme et en bon général » (2).

Les auteurs romains se glorifient d'avoir repoussé les propositions d'un transfuge de l'armée de Pyrrhus qui offrait au Sénat d'empoisonner son maître (3), ou encore d'avoir ramené aux Falisques, les mains liées, le ludi magister qui venait leur livrer les enfants dont il avait la garde (4) et, d'une manière générale, ils proscrivent l'emploi du poison contre l'ennemi (5).

Mais on pourrait citer de nombreux exemples en sens contraire.

(1) Loc. cit. II, p. 413.

(2) Non potest quisquam bonum virum et bonum ducem agere (Seneque de beneficiis IV, 38).

(3) Cicer. de off. I, 13.

(4) Val. max. VI, 5, 1.

(5) Tacite. Ann. II, 88.

Ainsi ce fut le Sénat qui encouragea Mucius Scœvola à aller assassiner Porsennâ dans son camp et les Romains n'ont que des éloges pour lui (1). Plus tard, Viriathe périt assassiné : « *Viriathetiam coedes* », dit Valère Maxime (2), « *duplicem perfidiæ accusationem recepit : in amicis, quod eorum manibus interemptus est ; in Q. Servilio Cœpione consule, quia is sceleris hujus auctor, impunitate promissa, fuit : victoriamque non meruit sed emit* ».

**Section IV. — De la condition des vaincus. —
Du serment.**

Si les lois de la guerre permettaient de ne pas épargner la vie des vaincus, en fait, le plus souvent, le vainqueur, dans son intérêt propre, usait de modération. Tacite met dans la bouche de l'empereur Claude les paroles suivantes (3) : « *Verum ita majoribus placitum quanta pervicacia in hostem tanta beneficentia adversus supplices utendum* ».

La plupart du temps les prisonniers étaient réduits en esclavage. Les principaux faisaient cortège au char du général vainqueur qui obtenait le triomphe.

L'histoire romaine offre plusieurs exemples de

(1) Tite-Live II, 12.

(2) IX, 6.

(3) Ann. XII, 20.

prisonniers chargés de porter aux leurs les propositions de l'ennemi ; le plus célèbre est celui de Regulus qui retourna au supplice plutôt que de faillir à la foi jurée (1).

Après la bataille, à Cannes, les Romains ramenèrent à Annibal un des dix prisonniers qu'il leur avait envoyés, après leur avoir fait jurer de revenir, pour traiter du rachat des captifs et qui prétendaient rester à Rome après un retour simulé (2). Le serment prêté à l'ennemi était sacré. « Nul peuple », dit Duruy (3), « malgré quelques exemples fameux, ne poussa si loin la religion du serment. Ce droit... explique l'importance de cette loi : « *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto* », qui pénétra si loin dans les habitudes des Romains, qu'elle en fit le peuple le plus fidèle à sa parole, mais à sa parole littérale, au sens matériel, la bonne foi dut-elle en être blessée, comme aux Fourches candines, devant Carthage, à Numance ».

Ajoutons, — ce qui explique la rigueur avec laquelle était observé le serment prêté par les prisonniers, — que, vraisemblablement par une superstition religieuse qui les représentait aux Romains comme privés de la faveur des dieux, nulle part on n'en faisait moins de cas : « *Nemo nostrum ignorat ulli unquam civitati viliores fuisse captivos, quam nostræ* (4). »

(1) Cicer., de off., I, 13.

(2). Polybe VI. 58. (2).

(3) Loc. cit. I. p. 138.

(4) Tite-Live XXII, 59.

Le sort général des prisonniers était d'être réduits en esclavage. Il semble que le mot *servus* soit une contraction du participe *servatus* ; c'est du moins l'étymologie fort plausible qu'en donnent les *Institutes* (liv. I, t. I, de jure pers, § 3) : « *Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc servari et non occidere solent* ».

Suivant l'expression consacrée : « *Sub corona veniebant* ». Les uns ont voulu voir l'origine de cette expression dans ce fait que les captifs, gardés comme les bêtes d'un troupeau, étaient entourés d'une « *corona militum* » (1); d'autres ont préféré les assimiler à des victimes que les Romains, on le sait, couronnaient de fleurs. — On usait encore de ce terme : « *Sub hasta venire* » et il est probable que la *corona* comme la *hasta* étant un insigne, un symbole militaire, servait tout simplement à manifester le droit de propriété acquis sur les captifs.

Ceux-ci étaient vendus au profit du trésor public par les questeurs (2) et il y a peu d'exemples qu'ils aient été donnés directement comme récompense aux soldats. Quelquefois, on imposait aux acheteurs la condition de ne pas les affranchir avant un certain nombre d'années. Partie d'entre eux devenaient « *servi publici* » ou même étaient enrôlés dans la flotte (3).

(1) Aulu-Gelle. *Nuits. att.* VII, 4.

(2) Tite-Live XXVII, 19. — XXIII, 37. — XXIV, 16.

(3) Polybe X, 17. — Montesquieu. *Grand. et décad. ch.* I.

Quel que fut leur sort, presque tous d'ailleurs commençaient par figurer dans la pompe triomphale du général vainqueur.

L'histoire romaine offre quelques exemples d'échange de prisonniers ou de rachat (1) ; mais ce n'étaient que des exceptions, et la règle était la réduction en esclavage.

Section V. — Du postliminium quant aux personnes

Les prisonniers réduits en esclavage redevenaient libres de droit s'ils recouvraient la liberté de fait, et les conséquences de la captivité, par une fiction appelée *jus postliminium*, étaient effacées rétroactivement.

Le *postliminium*, ainsi que nous le verrons plus loin, s'appliquait encore aux choses prises par l'ennemi. Justinien (§ 5. *Quib. mod. jus potest. solv.* I. 12) fait venir ce mot de *post* et *limen* : « *Dictum est autem postliminium a limine et post, unde eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domibus finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt.* »

Par l'effet du *postliminium*, le captif de retour est considéré comme n'ayant jamais été captif, il recouvre donc les droits qui lui apparte-

(1) Tite-Live. X. 31. — XXII, 23.

naient lorsqu'il est tombé en servitude ; mais la fiction du *jus postliminii* ne s'étend pas au domaine des faits.

C'est ainsi qu'il recouvre à la fois sa nationalité et sa place dans la cité. S'il était ingénu il le redevient (L. 21. D. De captiv. 49. 15); s'il était fils de famille, il retombe en la puissance de son père ou, si celui-ci est mort, il est réputé *sui juris* depuis la mort du père de famille et recueille sa succession comme héritier sien (Loi 14. Cod. de postl. 8. 51).

Si, au contraire, il était père de famille, il reprend la puissance paternelle comme s'il ne l'avait jamais perdue. Les fils de famille qu'il avait en sa puissance au jour de son entrée en captivité ou qui, étant nés depuis, s'y seraient trouvés s'il n'avait pas été captif, sont réputés avoir toujours été en sa puissance. (Inst. § 5. Quib. mod. jus. potest. solv. I, 12. — Loi 8, 9, 14, 25, D. de capt. 49, 15).

Il en résulte que les acquisitions faites par ses enfants le sont pour lui et il en est de même de celles qui ont été faites par ses esclaves. (Loi 11, D. de verb. oblig. 45, 1. — Loi 22, § 2-3, D. de capt. 49, 15).

De même le testament qu'il avait fait avant sa captivité n'a pas cessé de valoir. (Inst. 5. Quib. non est permis. fac. test. II, 12. — Loi 9, D. De injusto, rupto irritato facto testamento, 28, 3).

Mais les faits accomplis restent acquis et ne

sont pas effacés par la fiction du postliminium. C'est ainsi que s'il possédait une chose par lui-même, sa possession ayant cessé en fait, il devra recommencer une nouvelle possession absolument distincte de l'ancienne. (Loi 12, § 2, D. de capt. 49, 15).

Le testament fait pendant la captivité ne devenait pas valable parce qu'il avait été vicié dès l'origine. (Loi 8, pr. D, qui test. fac. pos. XXVIII, 1).

Toutefois, il était fait exception dans un intérêt d'humanité pour les codicilles confirmés dans un testament antérieur à la captivité. (Loi 12, § 5. D. de capt. 49, 15).

D'un autre côté, en même temps que le captif rendu à la liberté recouvrait tous les droits qui lui appartenaient au jour de sa captivité, il était tenu de ses obligations et de ses charges qui renaissaient, elles aussi.

Était-il tuteur, il reprenait la tutelle qu'il était censé n'avoir jamais perdue. (Inst. § 2, de Atiliano tutore, I. 20) et le tuteur nommé en vertu des lois Atilia ou Julia Titia disparaissait. S'il était déporté, il reprenait par l'effet du postliminium sa condition antérieure ; il était donc déporté comme avant sa captivité. (Loi 12, § 15. D. de capt. 49, 15).

Enfin le jus postliminium avait cette conséquence que si un captif ayant brisé ses liens et s'étant soustrait à la servitude venait à être repris à la suite d'une nouvelle guerre, il était consi-

déré comme un nouvel esclave et son ancien maître n'avait plus aucun droit sur lui.

Nous avons vu incidemment plus haut (1) que tous les captifs n'avaient pas besoin d'invoquer le *jus postliminii*; mais ceux-là seulement qui étaient devenus prisonniers des ennemis. Ceux qui sont tombés entre les mains des voleurs, brigands ou pirates, demeurent libres au point de vue légal et conservent tous leurs droits. (Loi 19, § 2, et L. 24. D. de capt. 49, 15).

Il en est de même de ceux qui sont faits prisonniers par leurs adversaires au cours d'une guerre civile ou d'une rébellion. (L. 21, § 1. D. de capt. 49, 15).

Les captifs, qui ne rentrent pas dans ces deux catégories, perdent au contraire leurs droits en même temps que leur liberté; c'est à eux que la fiction de *postliminium* est accordée. Toutefois diverses conditions sont nécessaires pour pouvoir l'invoquer.

Les premières sont générales, elles sont indiquées par la loi 5, pr. § 1 et 2 D. de capt. 49, 15; qui est ainsi conçue : « *Postliminium jus competit aut in bello, aut in pace.* — § 1. *In bello cum hi qui nobis hostes sunt aliquem ex nostris ceperunt, et intra præsidia sua perduxerunt... antequam in præsidia perducatur hostium, manet civis; tunc autem reversus intelligitur, si aut ad*

(1) Page 40.

amicos nostros perveniat, aut intra præsidia nostra esse cœpit. — § 2. In pace, etc... » (voyez plus haut, p. 43).

Ainsi, il faut tout d'abord que le captif ait été emmené dans le camp ennemi ; si non, il restait citoyen et n'ayant jamais été captif aux yeux de la loi, il n'avait pas besoin du jus postliminii.

En second lieu, il faut qu'il ait atteint soit le territoire de la patrie, soit un territoire ami.

C'est ce qui résulte encore d'un autre texte, la loi 19, § 3, D. de capt. 49, 15. « Postliminio rediisse videtur, quum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur ubi fines nostros excessit. Sedet si in civitatem sociam amicamve, aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio rediisse videtur : quia ibi primum, nomine publico tutus est incipiat ».

Une autre condition générale est que le captif revenu dans sa patrie, ait l'intention d'y rester et de ne pas retourner chez les ennemis. La loi 5, § 3, D. de capt. 49, 15, ne laisse aucun doute à cet égard : « Captivus autem, si a nobis manumissus fuerit, et pervenerit ad suos ita demum postliminio reversus intelligitur, si malit eos sequi, quam in nostra civitate manere : et ideo in Attilio Regulo, quem Carthaginenses Romam miserunt, responsum est, non esse eum postliminio reversum : quia juraverat Carthaginem reversurum, et non habuerat animam Romæ remanendi ». Et le jurisconsulte Pomponius cite encore l'exemple

d'un interprète nommé Ménandre, captif des Romains et affranchi par eux, qui fut envoyé auprès de ses concitoyens pour remplir une mission. On proposa une loi pour déclarer qu'il resterait citoyen romain ; mais il fut reconnu que cette loi était inutile, car, ou bien il avait l'intention de rester chez les siens et il cessait alors d'être citoyen, ou bien il avait l'intention de revenir et alors il restait citoyen.

Cette solution est encore confirmée par la loi 26, D. de capt. 49, 15, ainsi conçue : « *Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum demissus, an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit : ita tamen si ea mente venerit, ut non illo reverteretur ; nec enim satis est corpore domum quem rediisse, si mente alienus est. Sed et qui victis hostibus recuperentur, postliminio reidiisse existimantur* ». ».

Il résulte en outre de ce dernier texte que le jus postliminii appartient aux captifs de quelque manière qu'ils aient recouvré leur liberté, que ce soit par la force ou par la ruse, par leur fait ou le fait d'autrui, ou même (loi 26, h. t. précitée) par un affranchissement régulier.

Le postliminium était refusé à certaines catégories de captifs et ici nous abordons les conditions particulières.

En premier lieu, ne peuvent l'invoquer ceux qui se sont rendus à discrétion ; « *Postliminio carent,*

qui armis victi hostibus se dederunt » (1) et cette règle est confirmée par la loi 19. C. de postl. 8, 51.

En second lieu, le postliminium est refusé aux transfuges. « Transfugæ », dit le jurisconsulte Paul (2), « nullum postliminium est : nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit hostium numero habendus est. Sed hoc in libero transfuga juris est, sive femina, sive masculus sit ». Nous verrons plus loin quel sort les Romains réservaient aux transfuges.

N'avaient pas droit au postliminium ceux qui, par une clause spéciale d'un traité, avaient été abandonnés à l'ennemi (loi 12, pr. D. de capt. 49, 15).

Il en était de même pour ceux qui, autorisés par traité à rentrer dans leur patrie, avaient préféré rester chez l'ennemi : C'est ce que décide la loi 20, pr. D. de capt. 49, 15 : « Si captivus de quo in pace cautum fuerat ut rediret sua voluntate apud hostes mansit, non est ei postea postliminium ».

Quant aux captifs qui étaient libérés à prix d'argent par un de leurs concitoyens, le fait seul de leur retour ne leur permettait pas d'exercer le jus postliminii. Libres en droit, ils demeuraient in causa pignoris, jusqu'à ce que le redemptor eut été remboursé. « Ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium magis in causam pignoris constituti, quam in servilem conditionem esse

(1) Loi 17, D. de capt. 49, 15.

(2) Loi 19, § 4. D. de capt. 49, 15.

detrusi videntur ; et ideo si nummi eo nomine expensi donatio, intercedat, pristinae conditioni eos reddi manifestum est » (1).

C'était une question controversée de savoir si le *postliminium* appartenait à ceux que les Romains eux-mêmes avaient livrés aux ennemis (*dediti*), et qui, de retour, n'étaient pas reçus par leurs concitoyens (*recepti*). Cicéron soutient que l'individu livré dans ces conditions ne perdait pas sa qualité de citoyen : « *In jure nostro* », dit-il, « *nemo invitus civitatem mutare potest, neque si velit mutare non potest modo adsciscatur ab ea civitate, cujus esse se civitatis velit* » (2).

Toutefois l'opinion contraire semble avoir prévalu. C'est ce qui résulte de deux textes émanant des jurisconsultes Pomponius et Modestin, les lois 4. D. de capt. 49. 15 et 17. D. de legatis, 50. 8. « *Consequens est* », dit Modestin, « *ut civitatem non adipiscatur* », et Pomponius rapporte : « *Id autem maxime quesitum est in Hostilio Mancino quem Numantini sibi deditum non acceperunt, de quo tamen lex postea lata est, ut esset civis Romanus* ».

Section VI. — De l'extradition

Qu'était-ce donc que ces citoyens livrés aux ennemis ? C'est la question que nous allons examiner.

(1) Loi 2, C. de postl., 8, 51.

Cf. L. II et 17. D. 49, 15.

(2) Pro Balbo, II.

Cf. Pro Cæcina, 33.

Nous avons vu, au commencement de cette étude, que la religion et les lois étaient éminemment nationales. — Celui qui avait été lésé et voulait obtenir justice devait donc s'adresser aux juges nationaux du coupable. Aussi les plus anciens traités dont il est fait mention dans l'histoire romaine, notamment le traité passé avec les Latins en 261, décident-ils que les plaintes des particuliers seront jugées dans les dix jours et dans le pays où l'affaire aura été conclue (1).

Dès lors si un citoyen romain venait à léser un pérégrin appartenant à une nation alliée ou réciproquement, le coupable devait être jugé par les juges de son pays et, pour cela, on procédait à son extradition : c'étaient les Fétiaux qui étaient chargés de ce soin.

Quand le dommage avait été éprouvé par un citoyen romain, les Fétiaux se rendaient chez le peuple auquel appartenait le coupable, exposaient le grief et demandaient son extradition. Celui-ci était amené à Rome et traduit devant une juridiction spéciale, le tribunal des Récupérateurs.

Quand, au contraire, c'était un pérégrin qui avait été lésé, ceux qui remplissaient le rôle de Fétiaux dans son pays s'adressaient au Sénat qui consultait le collège des Fétiaux. Celui-ci décidait s'il y avait lieu à extradition et dans le cas de l'affirmative, était chargé de livrer les coupables.

(1) Niebuhr, loc. cit. V, 52.

Ceux-ci étaient amenés les mains liées derrière le dos et le Pater patratus en faisait la *deditio* dans les termes suivants : « Quandoque hīce homines atque ob eam rem noxam nocuerunt ob eam rem quo Populus Romanus scelere impio sit solutus hosce homines vobis dedo » (1).

Section VII. — Des Récupérateurs

Quand un étranger avait été extradé, il était jugé par le tribunal des récupérateurs.

Dans le *judicium recuperatorium*, les Fétiaux organisaient l'instance et siégeaient *in jure*, les Récupérateurs jugeaient et siégeaient *in judicio*.

Ceux-ci étaient au nombre de trois ou quelquefois de cinq. Il est probable que chaque partie en choisissait un ou deux parmi ses concitoyens et qu'un tiers arbitre était chargé de les départager. C'est ainsi que l'on explique qu'ils fussent toujours en nombre impair.

La marche des affaires était plus rapide devant les Récupérateurs que devant les juges ordinaires (2). Nous avons vu que le traité de 261 décidait que les affaires devaient être jugées dans les dix jours.

Dans le principe, la juridiction des Récupérateurs était limitée aux procès entre les citoyens romains et les étrangers appartenant à une nation avec

(1) Tite-Live IX, 10.

(2) Acc. loc. cit. II, n° 737.

laquelle il y avait un traité: « *Reciperatio est* », dit Festus (1), « *quum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas, lex convenit, quomodo per recipitatores reddantur res, reciperentur que, resque privatas inter se persequantur* ».

Mais cette institution perdit assez tôt son caractère primitif, quand les relations internationales se multiplièrent. Tout d'abord l'Etat cessa de se regarder comme offensé par l'offense faite à l'un de ses membres et l'extradition pour les litiges d'intérêt privé devint très rare et finit par disparaître; on ne la retrouve que dans le cas où l'Etat est lui-même et directement intéressé.

Enfin dès l'époque de Plaute, l'institution des Récupérateurs passa du droit international dans le droit privé de Rome; admise d'abord entre citoyens et pérégrins, elle ne tarda pas à l'être entre parties toutes romaines, de même, qu'à l'inverse, l'unus iudex fut admis aussi entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins. (Gaius 105) (2).

Dans son étude sur le droit fétial, M. Weiss (3) s'élève contre l'opinion émise par le jurisconsulte allemand Colmann, d'après lequel les Fétiaux et les Récupérateurs n'auraient formé à Rome qu'une seule et même institution.

Nous pensons avec lui que si ces deux institutions présentent des analogies et ont effectivement

(1) V^o *Reciperatio*.

(2) Accarias, loc. cit. II, n^o 737.

(3) Le droit fétial et les Fétiaux sous la République romaine, p. 60.

des points de contact, elles n'en sont pas moins entièrement distinctes.

Tandis que les Récupérateurs ne sont que des arbitres, les Fétiaux sont des juges. — Tandis qu'ils n'interviennent qu'entre étrangers liés par un traité, les Fétiaux agissent en dehors de tout traité. Enfin, et ce qui établit surtout la différence, les Fétiaux ont pour principal rôle de procéder à la déclaration de guerre et à la conclusion des traités, toutes choses où les Récupérateurs n'ont rien à voir.

Section VIII. — Des espions. — Des transfuges et des déserteurs. — Des otages.

Nous venons de voir quel était le sort des captifs en général, il nous reste à examiner quelques cas particuliers.

Le sort des espions qui étaient surpris par les Romains, a varié suivant les circonstances. — Tite-Live rapporte que Scipion promena les espions Carthaginois dans son camp pour qu'ils pussent rendre compte aux leurs de ce qu'ils avaient vu(1). Mais c'est là un cas tout exceptionnel. En général, ils étaient mis à mort. Tel fut le sort d'un Tarentin envoyé à Rome sous couleur d'ambassade et qui avait fait évader les otages de Tarente retenus par les Romains. — D'autres fois, enfin, les es-

(1) XXX, 29.

pions étaient renvoyés aux leurs, les mains coupées, après avoir été frappés de verges (1).

En ce qui concerne les transfuges et les déserteurs, la loi romaine était sans pitié. La loi 38. 1. D. de pœnis 48. 19. s'exprime ainsi : « Transfugæ ab hostes, vel consiliorum nostrorum renuntiatores aut vivi exuruntur, aut furca suspenduntur ». Nous savons déjà qu'il n'y avait point pour eux de postliminium(2). Il était permis de les mettre à mort partout : « Transfugas licet, ubicumque inventi fuerint quasi hostes interficere » (3) et la loi 7. D. de re militari 49. 16 porte : « Proditores, transfugæ, plerumque capite puniuntur et ex auctoritate torquentur ; nam pro hoste non pro milite habentur ».

Quelquefois ils étaient livrés aux bêtes dans les jeux de cirque, d'autres fois ils étaient mis à mort en croix comme des esclaves.

Parmi les prisonniers, il faut ranger les otages dont la livraison devait garantir l'exécution des accords conclus entre belligérants.

C'était une pratique constante à Rome, pour assurer l'exécution des engagements pris par une nation, de se faire livrer en otages des principaux citoyens ou leurs enfants et même, sous Auguste, au témoignage de Suétone (4), des femmes.

(1) Tite-Live XXII, 13 ; — XXVI, 12.

(2) Loi 10. § 4. D. de captiv. 49, 15.

(3) Loi 3, § 6. D. ad legem Corneliam de Sicariis, 48, 8.

(4) Auguste XXI.

Le nombre des otages était éminemment variable, on en rencontre jusqu'à trois cents (1).

Leur condition était à peu près celle des esclaves (2). Ils faisaient avec les captifs cortège au triomphateur (3) et leurs biens revenaient au trésor public. « Commodus rescripsit, obsidium bona, sicut captivorum, omnimodo, in fiscum esse cogenda » (4).

Leur vie était sacrée et c'était un crime de lèse-majesté que d'attenter à leurs jours. « Majestatis autem crimen illud est quod adversus Populum Romanum committitur ; quo tenetur is... quo obsides injussu Principis interciderent » (5).

Il n'était pas permis aux otages de s'enfuir ; repris en cas de fuite, ils étaient condamnés à la peine capitale et leur sort était le même si la nation qui les avait livrés transgressait ses engagements.

Section IX. — Du droit de sépulture. — Des représailles.

Les ennemis qui périssaient dans le combat avaient droit aux honneurs de la sépulture : « Sepulturæ enim beneficium generaliter debetur uni-

(1) Denys d'Halicarnasse VI, 30.

(2) Cf. Loi 2. D. de homine libero exhibendo 43, 29.

(3) Tite-Live XXXIV, 52.

(4) Loi 31. D. de jure fisci 49, 14.

(5) Loi 1 § 1. D. Ad legem Juliam majestatis 48, 4.

versis » (1) L'histoire romaine offre maints exemples de cette dernière marque de respect rendu aux ennemis morts (2). C'était même regardé comme un signe de victoire que de donner la sépulture aux morts de l'armée ennemie.

Les Romains exerçaient parfois, en dehors de toute déclaration de guerre, des voies de fait contre ceux dont ils avaient à se plaindre, dans le but d'obtenir une satisfaction : c'est ce que nous appelons des représailles. Elles portaient indistinctement sur les particuliers et sur les biens, encore que le dommage causé à l'Etat fut nul ou tout à fait indirect. Les premiers temps de Rome montrent de nombreux exemples de brigandage à main armée commis entre les peuples voisins. Tite-Live rapporte que Aristodème, héritier de Tarquin, arrêta à Cumès des vaisseaux romains chargés de froment pour se dédommager de ce que les biens des Tarquin avaient été confisqués (3).

L'Etat se désintéressait en général de ces entreprises qui étaient menées par des particuliers à leurs risques et périls. Ceux qui étaient faits prisonniers tombaient en captivité et avaient droit, s'ils recouvraient la liberté, au jus postliminii, comme nous l'avons vu plus haut (4).

Toutes ces règles d'ailleurs n'avaient d'applica-

(1) Servius ad *Æneid.* IX, 106.

(2) Tite-Live XXII, 7. et 52.

(3) Tite-Live II, 34.

(4) Loi 5, § 2. D. de capt. 49, 15.

tion qu'entre nationaux, avec lesquels il n'y avait ni alliance, ni amitié, ni hospitium.

**Section X. — Des choses conquises. — Du butin.
Du pillage.**

Après avoir vu quels étaient les droits des belligérants à l'égard de l'ennemi, nous allons les examiner à l'encontre de ses biens.

Le droit des vainqueurs sur les biens du vaincu était illimité.

L'histoire romaine nous donne de nombreux exemples de villes prises et détruites de fond en comble, ou de pays ravagés par le fer et par le feu (1).

Tout ce que possédaient les vaincus, biens mobiliers et immobiliers, était le prix légitime de la victoire: « Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt » (2) et pour les premiers Romains il n'y avait pas de propriété plus légitime que celle qui reposait sur la conquête. « Festuca autem utebantur », dit Gaius (3), « quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii, quod maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent ».

Toutefois ce serait une erreur de croire malgré les termes de la loi 5, §. 7. D. de acquis rer. dom.

(1) Tite-Live VIII, 17. — IX, 45. — XXI, 7.

(2) Gaius II, 69.

(3) IV, 16 in fine.

41. 1. (1) que les choses conquises sur l'ennemi appartenait à celui qui s'en emparait, au premier occupant.

Tout d'abord, en ce qui concerne les terres, il est certain qu'elles étaient acquises au peuple (loi 20 § 1. D. de capt. 49. 15. — Loi 16. D. de acq. rer. dom. 41. 1.) et, en principe, il en était de même pour les meubles. C'est la doctrine que Tite-Live prête à Scipion : « Syphax Populi Romani auspiciis victus captusque est. Itaque ipse conjux, regnum, ager, oppida, homines qui incolunt, quidquid denique Syphacis fuit, Populi Romani est(2). »

Le plus souvent et dans un but essentiellement politique, les Romains, au lieu de s'approprier toutes les terres conquises, en laissaient aux mains des vaincus une certaine portion qui variait du tiers à la moitié ou aux deux tiers : le reste constituait l'ager publicus. Partie servait à fonder une colonie — ager colonicus, — partie était vendue par les questeurs au profit du trésor (3); la plus grande part, constituant le domaine public, était louée par les censeurs et affermée aux publicains.

La même règle existait en ce qui concerne les choses mobilières prises sur l'ennemi et comprises

(1) Item quæ ex hostibus capiuntur jure gentium statim capientium fiunt.

(2) Tite-Live XXX, 14.

(3) Mispoulet. — Les institutions politiques des Romains, II, p. 216 et s.

en général sous le nom de butin : en principe tout était acquis au trésor public (1).

Dans son plaidoyer contre Verrès, Cicéron l'accuse, comme chose infame, d'avoir volé une statue faisant partie du butin pris sur l'ennemi : « Est peculatus, quod publice Populi Romani signum, de præda hostium captum, Imperatoris nostri nomine, non dubitavit auferre ».

La loi Julia peculatus punit rigoureusement tout détournement de butin (2) et Polybe rapporte que les soldats prêtaient le serment de ne toucher à aucune des choses qui en faisaient partie (3).

Mais si tel était le principe, l'application en était fort différente. Les généraux romains avaient coutume en effet, avant le combat, de promettre à leurs soldats une part de butin (4) et on ne leur imposait que la condition de rendre compte de son emploi. — Quelquefois les soldats recevaient leur part en nature, mais le plus souvent c'était en argent. Le produit de la vente faite par les questeurs s'appelait « manubiæ » « Nam præda dicitur corpora ipsa rerum, quæ capta sunt : manubiæ vero adpellatæ sunt pecunia a quæstore ex venditione prædæ redacta » (5).

La part attribuée variait suivant le grade et

(1) Denys d'Halicarnasse. Antiquités rom. VII, 63.

(2) Loi 13. D. ad Juliam peculatus 48, 13.

(3) X. 16. — Cf. Montesquieu. Grand. et décad. ch. I.

(4) Tite-Live VII, 16.

(5) Aulu Gelle. — Nuits attiques, XII, 24.

l'arme : « *Pediti in singulos dati denarii centeni, duplex centurioni, triplex equiti* » (1).

Quelquefois on permettait aux soldats de piller ; mais dans ce cas ils devaient attendre le signal et les Romains paraissent avoir préféré la répartition en argent, qui facilitait une distribution plus équitable et ne relâchait pas les liens de la discipline en face de l'ennemi.

Enfin Tite-Live cite un exemple où le pillage fut permis parce qu'on ne pouvait l'empêcher : « *Publicari prædam Tribunis placebat : sed imperium quam consilium segnius fuit. Dum cunctantur, jam militum præda erat ; nec, nisi per invidiam, adimi poterat* ».

Avant tout, une part était réservée au général qui pouvait choisir ce qui lui convenait (3).

Quelques-uns d'entre eux, comme Paul Emile, sont cités avec admiration par les auteurs romains, pour avoir refusé toute part au butin, et cela seul laisserait supposer, si on n'en avait des preuves plus directes, que le plus souvent ils prenaient la part du lion.

Le butin pris sur l'ennemi constituait une des sources les plus importantes de la richesse de Rome. Sans compter la multitude d'objets d'art,

(1) Tite-Live XLV, 40.

(2) Tite-Live VI, 4.

(3) D'après certains auteurs, c'est la part du général qui aurait été appelée *manubiæ* — « *Manubiæ sunt præda Imperatoris pro portione de hostibus capta* ». (Cic. in Verrem, liv. I. et LIX.

statues, peintures, qui ornaient la ville et qui étaient pour la plupart des dépouilles de l'ennemi, nous rappellerons qu'en l'an 587 après la conquête de la Macédoine qui procura au Trésor des richesses immenses, le sol italique fut affranchi de l'impôt foncier.

D'après Mommsen (1), le produit du butin dans la guerre contre Antiochus s'éleva à 200 millions de sesterces et celui de la guerre contre Persée à 210 millions.

C'était par la voie de l'occupation que le butin était acquis. Pour les Romains, les choses appartenant aux ennemis sont des *res nullius* et comme le dit fort bien Voët (2) : « *Occupatio est justa apprehensio rerum corporalium, per quam, id, quod nullius est, naturali ratione primo occupanti conceditur. Et quamvis circa res hostium etiam occupatio permessa sit, quæ non videntur nullius, sed alicujus esse, tamen, quia ex belli jure, jus omne commerciorum hostis hosti negat, huic et res hostium occupamus tanquam tales quæ nullius in domino sunt* (3). »

En attribuant le butin au peuple on ne faisait que suivre la règle : « *res nullius cedit primo occu-*

(1) Loc. cit. III, p. 261.

(2) Commentaire des Pandectes, liv. XLV, t. 1, § 2.

(3) Les *res sacræ* et *religiøsæ* conquises sur l'ennemi perdaient leur caractère. « *Sepulchra hostium religiosa nobis non sunt; ideoque lapides inde sublato in quemlibet usum convertere possumus, non sepulchri violati actio competit* ». L. 4. D. de sep. viol. 47, 12.

panti » ; car c'était le peuple qui faisait la guerre.

Si la loi 5, § 7. D. de acquis. rer. dom. 41. 1. porte : « Quæ ex hostibus capiuntur jure gentium statim capientium fiunt », la solution qu'elle donne s'explique aisément par cette considération que, dans une lutte livrée par les armées romaines, celles-ci représentent le peuple romain à qui appartient le butin qu'elles font, tandis que d'ailleurs, s'il s'agit de butin conquis par de simples particuliers, c'est à eux qu'il revient.

Section XI. — Du postliminium quant aux choses.

Le postliminium s'appliquait aux choses prises par l'ennemi, comme aux captifs eux-mêmes. « Postliminium est jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo, et in statum pristinum restituendæ » (1). En vertu de cette fiction, si la chose prise par l'ennemi sort de ses mains, elle est considérée comme n'ayant pas cessé d'appartenir à son ancien propriétaire : mais si la chose prise sur l'ennemi retombe en son pouvoir, puis lui est reprise une seconde fois, elle est considérée comme une nouvelle capture et son précédent propriétaire romain ne peut la revendiquer.

L'application du postliminium s'étend en principe à toutes les choses prises par l'ennemi qui reviennent au pouvoir des Romains. C'est ce qui résulte pour les terres de la loi 20 § 1. D. de capt.

(1) Loi 19, pr. D. de cap. 49, 15.

49, 15, ainsi conçue : « Verum est, expulsis hostibus ex agris quos ceperint, dominia eorum ad priores dominos redire, nec aut publicari aut prædæ loco cedere ».

La loi 19, § 10 (hoc. tit.) décide de même en ce qui concerne les esclaves ; « Postliminium hominibus est, cujuscumque sexus conditionis ve sint, nec interest liberi aut servi sint », et la loi 10. C. de postl. 8, 51, s'exprime ainsi : « Sicut liberis captis ab hostibus ac postliminio reversi status pristinus restituitur, sic servi domino. Unde si hæc, cujus meministi ancilla patris tui fuit, nec commercio redempta est, reversa dominum vel ejus successorem sequitur, qui per captivitatem hanc amiserat ».

L'effet du postliminium était suspendu dans le cas du rachat d'un esclave captif, ainsi qu'il résulte de la loi 12, § 7 et 8, D. de capt. 49, 15, et il est probable qu'il en était de même dans l'hypothèse de rachat de toute autre chose mobilière. Rigoureusement, en effet, il aurait fallu décider que l'esclave ou la chose n'appartenait pas à celui qui l'avait rachetée, mais revenait à son ancien propriétaire, ce qui eut été inique. Aussi une constitution impériale décida que l'ancien propriétaire aurait une année pour rembourser le prix d'achat au redemptor qui, passé ce délai, en devenait par une quasi-usucapio propriétaire incommutable.

Une différence à signaler entre l'esclave et les

autres choses prises par l'ennemi, c'est que l'esclave captif qui, rentré à Rome, ne sert ni son maître, ni aucun autre, n'est pas censé être de retour et qu'il n'y pas lieu à application du postliminium.

Enfin le postliminium n'est pas admis à l'égard de certaines choses. Les lois 2 et 3. D. de capt. 49, 15, décident en effet qu'il ne s'applique pas aux armes ni aux vêtements perdus à la guerre : « Quippe ne sine flagitio amittantur ». Il n'est pas non plus applicable, sans qu'on en voie très bien la raison, aux bateaux de pêche et de plaisance, tandis qu'il est admis pour les navires de guerre et de charges. En outre on n'admet pas le postliminium pour les choses mobilières reprises par les soldats et qui font partie du butin (1).

Il faut remarquer que, par la fiction du postliminium, la chose reprise étant considérée comme n'ayant jamais échappée à son propriétaire, celui-ci la recouvre grevée de toutes les charges auxquelles elle était soumise auparavant.

C'est ainsi que la chose recouvrée est de nouveau frappée du droit de gage. (Loi 12, D. de capt. 49, 15), et il en était de même pour le droit d'usufruit. (Loi 26, D. Quib mod. usuf. 7, 4.)

Pendant qu'elle est entre les mains de l'ennemi, la chose peut être l'objet d'un contrat. « Id quod apud hostes est, legari posse, Octavenus scripsit,

(1) Loi 28, D. de capt.

et postiliminii jure consistere. (1) » « Servus ab hostibus captus recte legatur; hoc enim jure postiliminii fit, ut quemadmodum heredem instituere possumus servum, qui in hostium potestate est, ita legare quoque eum possimus. (2) »

C'est ainsi qu'on devait la compter dans les hérédités et en tenir compte dans l'exercice de l'action familiæ erciscundæ(3).

Dans toutes ces hypothèses on sous-entendait cette condition : si la chose vient à être reprise.

Section XII. — Des Conventions de guerre.

Il nous reste à examiner quels étaient les principes suivis en ce qui concerne les conventions de guerre. — Tout d'abord nous nous occuperons de la condition faite aux ennemis qui se rendaient aux vainqueurs.

§ 1^{er}. — De la deditio

A cet égard les Romains professaient cette règle : « Ad hoc Populo Romano, jam a principio, melius visum amicos quam servos quærere; tutiusque rati volentibus quam coactis imperitare » (4). Mais ils n'en exigeaient pas moins une

(1) Loi 9, D. de legatis 30, 1.

(2) Loi 98, eod. tit.

(3) Loi 22, § 5. Loi 23, D. fam. ercis. 10, 2.

(4) Salluste, Bell. Jugur. CII.

soumission pleine et entière ainsi qu'il résulte de la formule employée pour la *deditio* : « *Populum Campanum, urbemque Capuam, agros, delubra deum, divina humanaque omnia in vestram, Patres conscripti, Populique Romani, ditionem dedimus* », tels sont les termes rapportés par Tite-Live (1). Le vaincu devait se remettre à la discrétion du vainqueur, à sa foi. C'est ce qui résulte notamment du texte suivant : « *Adversus quam civitatem sœvire cupiens Populus Romanus, postquam à Papirio, cujus manu, jubente consule, verba deditiois scripta erant, doctus est Faliscos non potestati sed fidei se Romanorum commisisse, omnem iram placida mente deposuit* » (2).

Celui qui s'avouait vaincu offrait une motte de terre au vainqueur, *herbam dabat*. « *Summum apud antiquos signum victoriæ* », dit Pline (3) « *erat, herbam porrigere victos, hoc est, terra et altrice ipsa humo et humatione etiam cedere : quem morem etiam nunc durare apud Germanos scio.* »

Le sort fait aux vaincus différait suivant le moment où ils s'étaient rendus.

Lorsqu'ils assiégeaient une ville, les Romains n'admettaient plus la *deditio* quand le béliet était au pied des murs. « *Ad hæc Cæsar respondit : se*

(1) VII. 31. — Cf. Valère Max. VI, 5, 1. — Tite-Live I, 38.

Polybe 36, 2. — Plaute. *Amph.* I, 1, 102.

(2) Valère. Max. VI, 5.

(3) Hist. nat. XXII, 4.

magis consuetudine sua quam merito eorum civitatem (Atuaticorum) conservaturum, si prius quam aries murum attigisset, se dedissent » [1].

Cicéron toutefois, s'élève contre cette pratique et veut que la deditio soit permise aux ennemis, même après que les murs ont été attaqués à coups de bélier (2). « Et cum iis quos vi deviceris, consulendum est, tum ii qui, armis positis, ad Imperatorum fidem confugiunt, quamvis murum aries percusserit, recipiendi ».

Il était quelquefois permis aux assiégés de s'enfuir sains et saufs avec leurs hardes (3). Toutefois, quand ils s'étaient rendus purement et simplement sans rien stipuler, leur sort pouvait être plus cruel, ainsi qu'en témoigne Salluste (4) : « Ceterum opidum incensum : Numidæ puberes interfecti, alii omnes venundati : præda militibus divisa. Id facimus contra jus belli, non avaritia neque scelere consulibus admissum sed quia locus Jugurthæ opportunus, etc ».

Quant aux ennemis qui s'étaient rendus en rase campagne, la plupart du temps ils étaient vendus sub corona. Ceux-là seuls qui avaient réservé leur liberté passaient sous le joug (5). « Jugum, sub quo victi transibant », dit Festus (6), « hoc modo

(1) Cæsar. de bello gallico II, 32.

(2) De offi. I, 11.

(3) Tite-Live XXII, 6. — XXI, 13.

(4) Jugurth. 91.

(5) Tite-Liv. IX, 42. — X, 36.

(6) V^o Jugum.

fiabat : fixis duabus hastis, super eas ligabatur tertia ; sub iis victos discinctos transire cogebant ».

§ 2. — Des *indutiæ*

Les Romains appelaient *indutiæ* les conventions ayant pour objet la cessation temporaire des hostilités, c'est-à-dire les armistices. Aulu-Gelle les définissait « *belli feriæ* » ou « *pax castrensis paucorum dierum* » et il en donnait pour étymologie « *inde uti jam* », parcequ'une fois terminées, les hostilités reprennent comme antérieurement, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle déclaration de guerre. « *Nam neque pax est Induciæ : bellum enim manet, pugna cessat* » (1).

Tite-Live signale une exception qui confirme le principe : « *Cum Veientibus nuper acie dimicatum ad Nomentum et Fidenas fuerat, indutiæque inde, non pax, facta; quarum et dies exierat, et ante diem rebellaverant. Missi tamen Fetiales; nec eorum, quum more Patrum jurati repeterent res, verba sunt audita* » (2).

La loi 19. 1. D. de captiv. 49. 15. s'exprime ainsi : « *Induciæ sunt quum in breve et in præsens tempus convenit ne invicem se lacescant* ».

Si les armistices étaient en principe de courte durée, on rencontre néanmoins des exceptions à

(1) Nuits. att. I, 25.

(2) Tite-Live, IV, 30.

cette règle et l'histoire romaine fournit des exemples de trêves qui varient d'un an à cent ans : « Et Faliscis pacem petentibus annuas indutias dedit », dit Tite-Live (1) qui rapporte ailleurs : « Pax Populo Cæriti data, indutiasque in centum annos factas, in senatus consultum referri placuit » (2).

Les *indutiæ* à court terme et ce sont les plus usuelles, étaient accordées par les chefs d'armée soit pour enterrer les morts, soit pour traiter de la paix. Quant aux autres, c'était le Sénat qui les octroyait (3).

Pendant la durée des armistices, toutes les hostilités étaient suspendues ; c'est ainsi que le *jus postliminii* ne pouvait être invoqué. (Loi 19 § 1. in fine. D. de cap. 49. 15).

Enfin, au témoignage de Tite-Live (4), ceux qui violaient la trêve étaient livrés par les Fétiaux à l'ennemi.

Section XIII. — De la neutralité.

Le devoir des Etats qui ne prenaient pas part à la guerre était d'observer une neutralité absolue et de s'abstenir non seulement de tout acte d'hostilité contre l'un quelconque des belligérants, mais

(1) X, 46.

(2) VII, 20. — I, 15.

(3) Tite-Live, IX, 43. — VII, 20 et 22.

(4) VIII, 39.

encore de leur porter indirectement aide ou assistance dans la guerre.

Dupliciter ab eo fœdus violatum, « dit Tite-Live au sujet de Philippe de Macédoine (1) », et quod sociis Populi Romani injurias fecerit, bello armisque laccessierit, et quod hostes auxiliis et pecunia juverit.

C'était un acte d'hostilité que de prêter à l'un des belligérants des secours en argent, ainsi qu'il résulte encore de l'exemple suivant : « Militem tamen nullum Antiocho dederant (Epirotæ). Pecunia juvisse eum insimulabantur... iis petentibus, ut in amicitia pristina esse liceret, respondit consul : « se, utrum hostium, an pacatorum, eos numero haberet nondum scire. Senatus ejus rei judicem fore » (2).

Enfin Tite-Live rapporte que le fait de fournir des approvisionnements aux vaisseaux de l'un des ennemis sans en fournir également à l'autre constituait une violation de la neutralité... « Et juvisse eos », dit-il (3), « commeatu classem hostium arguit, et quantum vini Polyxenidæ promisissent, quæ si eadem classi romanæ darent revocaturum se a populatione militem : sin minus pro hostibus eos habiturum ».

(1) Tite-Live XXX, 42.

(2) Tite-Live XXXVI, 35.

(3) Tite-Live XXXVII, 28.

QUATRIÈME PARTIE

DU JUS LEGATORUM & DES TRAITÉS

Les Romains reconnaissaient en principe l'égalité des Etats entre eux. Mais cette notion, avec les progrès de leur empire, fut peu à peu faussée et finit par disparaître presque complètement, ainsi que nous le verrons à propos des traités. Rome s'arrogea alors une sorte de juridiction sur les autres Etats plus faibles qu'elle, ou leur imposa sa loi.

Section I. — Du droit de représentation. — Inviolabilité des ambassadeurs. — Immunités et fonctions.

Dès les premiers temps de Rome, nous trouvons le droit de représentation consacré.

L'inviolabilité des ambassadeurs était admise d'une façon générale dans l'antiquité. « Sic enim sentio, jus legatorum quum hominum præsidio munitum sit, tum etiam divino jure vallatum esse » (1).

(1) Cicer. de arusp. resp. 16. 34.

La partie du droit des gens qui regarde la sûreté et les immunités des ambassadeurs a toujours été religieusement observée par les Romains. Tout le corps de leur histoire en fait foi, dit Hübner, qui rapporte le texte précédent (1).

Et Cornelius Nepos (2) s'exprime ainsi : « *Legationis jure satis tecum se arbitraretur, quod apud omnes sanctum esse consuesset* ».

Mais le droit de représentation n'appartenait qu'aux Etats étrangers ; c'est ainsi que les sujets de Rome, les pirates et les brigands, n'y pouvaient prétendre. « *Denuntiatio senatus verbis, facerent propere ex urbe, ab ore atque oculis Populi Romani, ne nihil eos legationis jus, externo non civi comparatum, tegeret* » (3).

Les ambassadeurs étaient inviolables et, comme tels, ils échappaient à la juridiction de l'Etat auprès duquel ils étaient envoyés.

La loi 17.D. de legationibus 50. 7. est ainsi conçue : « *Si quis legatum hostium pulsasset, contra jus gentium ad commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati ; et ideo si quum legati apud nos essent gentis alicujus, bellum cum iis indictum sit, responsum est, liberos eos manere ; id enim jure gentium convenit esse* ».

Les infractions aux droits des ambassadeurs relevaient du tribunal des Fétiaux, « On faisait, dit

(1) Loc. cit. II, p. 439.

(2) Vie de Pelopidas V, 1.

(3) Tite-Live VI, 17.

M. Egger (1), remonter jusqu'à Numa la loi qui attribuait au tribunal vénéré des Fétiaux la connaissance de tous les délits relatifs au droit d'ambassade (Denys. Antiq. rom. II. 72.) et il semble que les mœurs fussent d'accord avec l'intention du sage auteur de ce règlement ».

Au témoignage de Varron (2) : « Si cujus legati violati essent, qui id fecissent, quamvis nobiles essent, qui dederentur civitati statuerunt, Fetiales que viginti, qui de his rebus cognoscerent, judicarent et statuerent, constituerunt. »

C'étaient encore les Fétiaux (3) qui étaient chargés de la *deditio* du coupable. Celui-ci d'ailleurs était tenu de la loi Julia de vi publica et pouvait être déporté ou mis à mort. C'est ce qui résulte de la loi 7. D. ad legem Juliam 48.6. « Lege Julia de vi publica tenetur... quod ad legatos, oratores, comitesve attinebit, si quis eorum, (quem) pulsasse eive injuriam fecisse arguetur », de laquelle il faut rapprocher le § 8 de publicis judiciis IV. 18. des Institutes.

Il faut remarquer que l'inviolabilité conférée aux ambassadeurs s'étendait à leur suite ; la loi précitée (*comitesve*) en fait foi.

Tite-Live rapporte que les ambassadeurs de Tarquin, chargés de demander la restitution de ses biens, profitèrent de leur présence à Rome pour

(1) Mémoire historique, p. 79.

(2) De vita pop. rom. III, 8.

(3) Voy. supra.

ourdir un complot destiné à faire remonter sur le trône le roi déchu. « Et quamquam », dit-il (1), « visi sunt commisisse, ut hostium loco essent, justamen gentium valuit ».

Toutefois, si un ambassadeur commet des actes d'hostilité ouverte contre la nation auprès de laquelle il est envoyé, le droit des gens ne le protégeait plus. C'est ainsi que les Fabii, envoyés auprès des Gaulois qui assiégeaient Clusium ayant tiré les armes et que l'un d'eux ayant tué un chef Gaulois, les Fétiaux ordonnèrent qu'il fut livré (2).

D'ailleurs les droits accordés aux ambassadeurs ne s'étendaient pas aux envoyés des ennemis entre eux et les Romains ne se firent aucun scrupule de s'emparer des ambassadeurs que Philippe envoyait aux Carthaginois et de les réduire en captivité (3).

Les Romains tenaient essentiellement à ce que leurs ambassadeurs fussent respectés. — L'ambassadeur romain était choisi parmi les consulaires et selon l'expression de Cicéron (4) : « Senatus enim faciem secum adtulerat, auctoritatem Populi Romani ». C'était un cas de guerre, que d'avoir insulté un envoyé de Rome : ainsi commença la guerre de Tarente.

(1) II, 4.

(2) Tit-Liv. V, 36.

Denys. d'Hal. XIII, 48.

(3) Tite-Live XXIII, 34, 38.

(4) Orat. Philip. VIII, 8.

« Les Tarentins », dit Ampère(1), « avaient imaginé de se poser en arbitres entre les Romains et les Samnites. Ils avaient interdit aux premiers de passer un certain promontoire. Les Romains l'ayant passé, les Tarentins attaquèrent la flotte romaine, coulèrent un des vaisseaux et en capturèrent plusieurs. Puis des envoyés de Rome étant venus se plaindre à Tarente, ils furent reçus dans le théâtre où se réunissaient les assemblées politiques qui, à Rome, se tenaient dans les temples. On se moqua de ces hommes qui n'étaient pas vêtus à la grecque et parlaient mal le grec ; un plaisant s'avisa de souiller de la façon la plus grossière la toge de l'un d'eux, Postumius. Tout le monde se mit à rire. Le Romain se contenta de dire gravement : « Riez, riez, il faudra beaucoup de sang pour nettoyer mon habit. (Val. Max. II. 2. 5.). »

Ampère cite encore l'exemple suivant qui montre le cas que les Romains faisaient de leurs ambassadeurs : « En 317 », dit-il (2), « comme ils respiraient depuis quelques années des agressions sabelliques, ils furent forcés de tourner leurs armes du côté de l'Etrurie par la perfidie du roi des Véies, Tolumnius, qui, au mépris du droit des gens, avait fait égorger quatre patriciens envoyés vers lui en ambassade. J'ai dit que leurs statues furent placées près de la tribune. Ces statues

(1) Loc. cit. III, p. 50.

(2) Loc. cit. II, p. 502.

n'avaient que trois pieds de haut; elles existèrent jusque vers le temps de Cicéron ».

L'importance du rôle des ambassadeurs à Rome n'a pas échappé à de Beaufort (1) : « Le Sénat de Rome », dit-il, « sut accoutumer tous les peuples à lui obéir comme libres, avant que de les assujettir. Il les gouvernait, pour ainsi dire, par ses ambassadeurs, qui étaient presque toujours en campagne, parcouraient les cours des Princes et des Républiques, s'informaient de la disposition des peuples et en informaient le Sénat. Celui-ci, pour donner plus de relief à ses ambassadeurs, qui étaient toujours tirés de son Corps, revêtait de ce caractère les personnages les plus illustres de Rome, ceux qu'on avait tous honorés du Consulat et du commandement des armées. Partout où ils arrivaient, ils prenaient connaissance de l'intérieur de l'Etat, s'ingéraient dans les affaires domestiques, se formaient une faction qu'ils ne manquaient pas de protéger et d'avancer en toute occasion. Sur le moindre différent qui survenait entre quelques rois ou peuples alliés, ces ambassadeurs accouraient, prenaient connaissance de l'affaire et s'érigeaient en arbitres sans en être requis. La crainte de les voir se joindre aux partis contraires attirait une prompte solution aux arrêts qu'ils prononçaient. Ainsi ce fut par ses ambassadeurs que le Sénat trouva l'art de dominer

(1) Loc. cit. II, p. 278.

sur toutes ces nations et elles étaient accoutumées à obéir lorsqu'il voulait les assujettir ».

Il faut signaler en effet le rôle d'arbitre pris fréquemment par Rome entre Etats étrangers. Tite-Live dit en parlant des Etoliens (1) : « Interrogati, ab uno senatore permittentne arbitrium de se Populo romano ».

Le plus souvent Rome imposait son arbitrage aux Etats étrangers sans attendre qu'ils aient eu recours à ses bons offices et sa grande supériorité en assurait la sanction en les obligeant de se soumettre à la solution qu'elle avait donnée et de n'en pas différer l'exécution.

« Les messagers d'Etats avaient », rapporte Mommsen (2) », le droit d'être défrayés de toute dépense » et, au témoignage de Tite-Live, il arrivait même qu'on leur fit des présents comme aux envoyés de Sagonte qui reçurent chacun « dena millia æris (3) ».

Les ambassadeurs envoyés à Rome devaient transmettre leurs messages en latin. « Sylla permit pour la première fois aux ambassadeurs étrangers de parler grec devant le Sénat sans interprète » (4).

D'ordinaire, ils devaient attendre assez longtemps que le Sénat leur donnât audience, et ce

(1) Tite-Live XXXVII, 49.

(2) Loc. cit., V, p. 227.

(3) Tite-Live XXVIII, 39.

(4) Mommsen, loc. cit., p. 260.

n'est que dans les cas pressants qu'ils étaient immédiatement reçus. L'attente qu'on leur imposait ainsi marquait la supériorité de Rome et permettait le cas échéant de les circonvenir plus aisément.

Enfin, quelquefois, les Romains déclaraient qu'ils ne recevraient pas les ambassadeurs de telle ou telle nation et que, s'ils se présentaient, ils les traiteraient en ennemis.

« Denuntiaturque », dit Tite-Live (1), « si qua deinde legatio ex Aetolis nisi permissu Imperatoris, quæ eam provinciam obtineret et cum legato Romano, venisset Romam, pro hostibus omnes futuros. » C'était là un moyen d'intimidation ; mais il arrivait aussi qu'une pareille défense n'eut pour but que d'assurer le respect du droit des gens. C'est ce qui arriva lorsque les Lucaniens se mirent sous la protection des Romains et que ceux-ci envoyèrent à la diète samnite une ambassade qui demanda l'évacuation de la Lucanie.

« La déclaration de cette prétention qui en faisait des sujets », dit Niebuhr (2) « indigna tellement les Samnites que sur le champ ils résolurent la guerre en ordonnant aux ambassadeurs de quitter le Samnium. D'après une autre version (Tite-Live. X. 12.) on aurait envoyé prévenir les Fétiaux de ne se présenter devant aucune assemblée de can-

(1) XXXVII, 49.

(2) Loc. cit. VI, p. 57.

ton en ajoutant que, dans le cas contraire, les magistrats ne pourraient répondre de leur sûreté ».

Tels étaient les principes admis en matière de droit de représentation. Il nous reste à parler des conventions de paix et des traités.

Section II. — Des conventions de paix et des traités

« *Conventionum autem tres sunt species* », dit Ulpien (1) : « aut enim ex publica causa sunt aut ex privata..... Publica conventio est, quæ fit per pacem, quoties inter se duces belli quædam paciscuntur. »

Nous n'avons pas à traiter des conventions particulières ; mais les conventions publiques qui nous occupent ici se divisent effectivement en trois classes. Il faut distinguer en effet le *foedus*, la *sponsio* et la *pactio*.

§ 1^{er}. — De la sponsio.

Tite-Live établit la différence qui existe entre la *sponsio* et le *foedus* à propos de la convention intervenue entre les Samnites après la journée des Fourches caudines : « *Consules profecti ad Pontium in colloquium, quum de foedere victor agitare; negarunt injussu Populi foedus fieri posse : nec sine Fetialibus caeremoniaque alia*

(1) Loi 5. de pactis. D. II, 14.

solemni. Itaque, non ut vulgo credunt, foedere pax Caudina, sed per sponsionem facta est. Quid enim aut sponsoribus in foedere opus esset, aut obsidibus, ubi præcatione res transigitur : Per quem populum fiat, quo minus legibus dictis stetur, ut eum ita Jupiter feriat quemadmodum a fœtialibus porcus feriatur » (1).

La sponsio n'était pas un traité de paix ; c'était une convention conclue sans l'agrément du Sénat et du peuple et, de sa propre autorité, par le général qui se portait fort pour le peuple romain.

Aussi, au témoignage de Tite-Live (2), elle contenait le plus souvent cette condition : « Si senatus, Populusque Romanus pacem comprobaverint ». C'est ainsi que le Sénat refusa de ratifier les conventions passées avec Jugurtha : « Senatus ita, uti par fuerat, decernit suo atque Populi injussu nullum potuisse fœdus fieri ».

Après la sponsio caudina, le consul Postumius, d'après ce que nous rapporte Tite-Live (4), déclara aux sénateurs romains : « Hosti nihil spondistis ; civem neminem spondere pro vobis jussistis. Nihil ergo vobis, nec nobiscum est, quibus nihil mandastis, nec cum Samnitibus cum quibus nihil egistis ».

(1) IX, 5.

(2) XXXVII, 45.

(3) Salluste Bell. Jugur. XLIII.

(4) IX, 9

Le peuple romain se considérait comme non engagé et livrait à l'ennemi l'auteur de la sponsio. Nous avons vu plus haut (1) comment la *deditio* était faite par les Fétiaux.

Ainsi les principes étaient saufs ; mais il serait difficile d'admettre que l'équité n'était pas violée.

§ 2. — De la *pactio*.

La distinction entre le *foedus* et la *pactio* n'est pas faite nettement par les auteurs romains. Mais il paraît certain, cela résulte notamment du passage précité de Tite-Live (2), qu'on entendait par *foedus* la convention passée régulièrement sur l'ordre de ceux qui avaient compétence à cet effet et dans les formes prescrites par le droit fétial. Si au contraire, la convention intervenue entre les parties belligérantes manquait d'une de ces conditions, on n'était plus en présence d'un *foedus*, mais d'une *pactio*.

A l'appui de cette théorie, on peut invoquer un exemple célèbre. Quand les Gaulois s'emparèrent de Rome et mirent le siège devant le Capitole où s'était réfugié le Sénat, les Romains, forcés par la disette de capituler, traitèrent avec les assiégeants qui s'engagèrent à se retirer moyennant une certaine quantité d'or. Comme cette convention recevait son exécution et que l'on pesait l'or, sur-

(1) p. 57.

(2) V. *supra*, p. 85.

vint Camille à la tête de l'armée qu'il avait reconstituée à Veïes après la bataille de l'Allia et qui avait été créé dictateur avec l'approbation du Sénat. Il enleva aux Gaulois la rançon convenue et déclara qu'ils n'avaient qu'à se préparer au combat : « Quum illi renitentes », dit Tite-Live (2), « pactos dicerent sese, negat eam pactionem ratam esse, quæ, postquam ipse dictator creatus esset, injussu suo ab inferioris juris magistratu, facta esset: denuntiatque Gallis, ut se ad prælium expediant ».

§ 3. — Du *foedus*.

Quels étaient ceux qui avaient compétence pour traiter régulièrement de la paix, pour conclure un *foedus* ? Quelles étaient les formes auxquelles il était soumis ?

A. — *Conditions de validité.*

C'était par le commun accord du Sénat et du peuple romain que les traités de paix pouvaient seul être conclus. « Vos enim quod C. Lutatius consul primo nobiscum *foedus* icit, « fait dire Tite-Live (2) aux ambassadeurs de Carthage, « quia neque auctoritate patrum, nec Populi jussu ictum erat negastis vos eo teneri ». Tel était le principe. Mais

(1) V, 49.

(2) XXI, 18.

l'histoire romaine offre plusieurs exemples où soit les consuls, soit les généraux commandant les armées de la République furent chargés de conclure la paix (1).

Au témoignage de de Beaufort (2), « lorsqu'un consul, proconsul ou propréteur avait terminé heureusement une guerre considérable et conquis une grande étendue de pays, il en donnait avis au Sénat qui envoyait des députés, tous sénateurs, entre lesquels il y avait toujours quelques consulaires, pour examiner les choses sur les lieux et régler conjointement avec le général soit les conditions de la paix, soit la manière dont on disposerait des nouvelles conquêtes ou la forme du gouvernement qu'on y établirait ».

« Le général romain disposait assez ordinairement du sort de la nation qu'il avait vaincue et les députés que le Sénat lui envoyait, se conformaient la plupart du temps à ses avis ».

Le plus souvent, les députés, envoyés en pareil cas, étaient au nombre de dix : « *Senatus decrevit ut P. Scipio ex decem legatorum sententia pacem cum populo Carthageniensi faceret* (3) ». Mais quelquefois aussi, il n'y en avait que cinq (4). Dans tous les cas, en dernière analyse, c'était le peuple qui décidait ; de lui dépendait la conclusion de la paix

(1) Tite-Live XXXVII, 55.— XXX, 43.

(2) Loc. cit. II, p. 320, note 1 et 2.

(3) Tite-Live XXX, 43.

(4) Tite-Live XLV, 17.

comme la déclaration de la guerre (1). Et en cette matière, ce furent successivement les comices par curies, puis par centuries et enfin le peuple entier dans les comices par tribus à qui il appartenait de statuer.

B. — Formes du fœdus.

De même que nous avons vu les Fétiaux intervenir à l'origine de la guerre, de même nous les retrouvons à la conclusion de la paix. Dans l'un comme dans l'autre cas, leur ministère est indispensable.

Tite-Live nous a transmis les formalités auxquelles était soumise la conclusion d'un traité.

Les Fétiaux chargés de conclure le traité étaient au moins au nombre de deux (2). C'était le pater patratus qui portait la parole. Celui qui portait l'herbe sainte, le caducée symbole de paix, était appelé verbenarius.

Le pater patratus recevait tout d'abord solennellement la mission de passer le traité (3). « Fetialis regem Tullumita rogavit: « Jubes ne, me, rex, cum patre patrato populi albani fœdus ferire? » Jubente rege: « Sagmina, inquit, te, rex, posco ». — Rex ait: « Puram tollito ». — Fetialis ex arce graminis herbam puram attulit: postea regem

(1) V. *Supra*, p. 36.

(2) Tite-Live IX, 5.

(3) I, 24.

ita rogavit : « Rex, facisne me tu regium nuntium Populi Romani Quiritium ? Vasa comitesque meos ? » Rex respondit : « Quod sine fraude mea, Populique Romani Quiritium fiat, facio ».

Nous avons vu plus haut ce que c'était que l'herbe sacrée (1). Le caducée, sorte de sceptre entourée de serpents entortillés, était un signe de paix. Pline nous en explique le sens (2) : « Angues innumeri.... artificii complexu glomerantur. Anguinum adpellatur..... Hic tamen complexus anguium et esseratorum concordia, causa videtur esse, quare exteræ gentes caduceum in pacis argumentum, circumdata effigie anguium fecerint ». Au témoignage d'Aulu-Gelle (3), on donna aux Carthaginois le choix entre la paix et la guerre en leur envoyant une lance et un caducée : « Quo Q. Fabius Imperator romanus, dedit ad Carthaginienses epistolam, ubi scriptum fuit, Populum Romanum misisse ad eos hastam et caduceum signa duo belli aut pacis ».

Enfin les Fétiaux emportaient avec eux les vases sacrés et un cailloux de silex pris dans le temple de Jupiter. C'est sur cette pierre que les serments étaient échangés et c'est elle qui servait à frapper la victime. Sous l'égide de Jupiter était placé le traité et c'est ce qui explique que ce dieu reçut à la fois le nom de Jupiter Lapis et de Jupi-

(1) V. *supra*, p. 30.

(2) *Hist. nat.* XXIX, 3.

(3) *Nuits attiques* X, 27.

ter Feretrius, de Jupiter Fidius et de Jupiter Ultor.

Quand le pater patratus avait énoncé les clauses du traité, il prononçait les imprécations suivantes : « Audi, Jupiter, audi Pater Patratus populi Albani; audi, tu, Popule albane; ut illa palam; prima, postrema, ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo, utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus Populus Romanus prior non deficiet. Si prior defecit publico consilio, dolo malo; tu illo die, Jupiter, Populum Romanum, sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quantoque magis potes pollesque ». Et en disant ces mots, le pater patratus frappait la victime avec le caillou sacré. De là viendrait d'après Festus le terme *fœdus ferire* (1).

La victime employée était le plus souvent un porc. Cependant dans le traité passé avec Gabies on se servit d'un bœuf (2).

C'était, du reste, un usage général dans l'antiquité d'offrir une victime aux dieux dans les circonstances solennelles. « Les autres peuples », dit M. de Valois (3), « ont aussi leurs cérémonies particulières dans leurs traités, de même que les Romains, quelques-uns après avoir sacrifié un porceau, un bœuf ou un taureau, coupaient une

(1) Tite-Live I, 24. — Cf. Montesquieu. *Polit. des Rom.*

(2) Denys d'Halic. IV. 58.

(3) Dissertation sur les Amphictions, p. 34.

poire par le milieu et les deux parties contractant s'en donnaient l'une à l'autre à goûter, pour un gage assuré de leur amitié (Quinte Curce liv. VIII).

D'autres se servaient de deux agneaux, l'un blanc et l'autre noir.

Jupiter n'était pas toujours le seul dieu invoqué. C'est ainsi qu'à la déclaration de guerre, on lui adjoignait notamment Junon (1). — Virgile fait invoquer à Enée et à Latinus presque tous les dieux (2) et d'après Polybe, dans les traités passés avec les Carthaginois postérieurement à la première guerre punique, les Romains jurèrent par *Αρης* et *Ενυαλιος* (3).

Après le *pater patratus*, les rois, les consuls, ou les généraux juraient d'observer fidèlement le traité : « *Sua item carmina Albanisuumque jusjurandum per suum dictatorem suos que sacerdotes peregerunt* » (4). — « Consul juravit in hoc fœdus. Ab rege qui exigerent jusjurandum profecti Minutius Thermus et L. Manlius qui tum forte ab Oroandis, rediit » (5).

Enfin les Fétiaux qui avaient accompli les formalités apposaient leur nom (6) sur le traité qui était gravé sur une table d'airain. « Les anciens

(1) V. *supra*, p. 32.

(2) *Enéide* XII, 175

(3) III, 25, 26.

(4) Tite-Live I, 24.

(5) Tite-Live XXXVIII, 29.

(6) Tite-Live IX, 5.

Greco », dit Dumont (1), « se servaient de colonnes pour conserver et publier leurs traités de paix et d'alliance ; au rapport de Thucydide (livre I), elles se voyaient encore de son temps, dans les plaines d'Olynte, dans l'Isthme, dans l'Attique, dans Athènes, dans Lacédémone et ailleurs. On employa ensuite l'airain comme une matière encore moins corruptible que le marbre et l'alliance que Judas Macchabée fit avec les Romains et qu'on a toute entière au premier des deux livres qui portent son nom, fut gravée sur une table de cette sorte et envoyée à Jérusalem pour y être perpétuellement gardée ». C'était effectivement la coutume du peuple romain de graver ses lois et ses traités (2), puis de les déposer au Capitole, dans l'Ædes fidei Populi Romani où ils étaient conservés (3).

C'était aussi dans le Capitole ou dans un lieu consacré qu'ils devaient être conclus, s'ils étaient passés à Rome (4).

Telles étaient les formalités prescrites pour la conclusion des traités. Elles furent très longtemps observées (5) et ne disparurent qu'à l'époque de Claude ou de Tibère.

(1) Corps universel. Préface, t. I, p. 1.

(2) Tite-Live II, 33.

(3) Denys d'Halic. I V 58. — De là l'origine des archives de l'Empire qui ne comptaient pas moins de 3,000 traités et furent brûlées sous Vitellius. — Vespasien reconstitua au moyen de double les traités passés avec Carthage. (Voy. Mommsen. Rom. Forsch. — das römische Gastrecht p. 339, not. 26.

(4) Tite-Live XXXVII, 55.

(5) Voir supra, p. 38.

§ 4. — De la division de traités.

Il nous reste à voir si et comment les traités se divisaient.

Dans son étude sur le droit fétial et les Fétiaux, M. Weiss divise les traités en deux classes : « Tous les traités », dit-il (1), « conclus par le peuple romain avec des nations étrangères peuvent être ramenés en deux espèces principales : les uns ayant pour objet de mettre fin aux hostilités entre les deux pays, soit à perpétuité, soit pour un temps plus ou moins long ; les autres destinés à établir, indépendamment de toute entreprise belliqueuse, des liens d'amitié ou même de sujétion entre les parties contractantes ».

Il semblerait résulter de ce qui précède qu'il y avait deux sortes de traités différents et que les uns étaient régis par certaines règles, les autres par d'autres ; ce qui est tout à fait inexact.

Les clauses différaient évidemment suivant les cas, mais les conditions de forme et de validité étaient les mêmes. C'est ce qu'exprime fort bien Tite-Live : « *Fœdera alia*, dit-il (2), *aliis legibus, uterum eodem modo omnia fiunt* », et la distinction entre les traités de paix et les traités d'alliance qui nous paraît de nature à amener une confusion, était inconnue aux Romains qui englobaient tous les traités sous le nom de *fœdus*.

(1) Loc. cit. p. 91.

(2) I, 24.

Une autre division doit être rejetée, c'est celle que M. Weiss emprunte à Sigonius (1) et qu'il reproduit à propos des traités d'alliance (2) : « Les uns emportaient alliance défensive et offensive entre les deux peuples (ut eosdem amicos atque inimicos fœderati haberent) (3) c'étaient les fœdera æqua.

« D'autres assuraient à Rome une sorte de prépondérance sur son alliée par ces mots qui y étaient ordinairement ajoutés : « Majestatem populi romani comiter conservanto » (4)... c'étaient les fœdera minus æqua. »

« Les autres enfin mettaient la nation qui faisait alliance avec Rome dans la dépendance la plus absolue vis-à-vis de cette dernière, c'étaient les fœdera iniqua ».

Nous ferons tout d'abord remarquer que les clauses indiquées plus haut ne sont pas particulières aux traités d'alliance, mais qu'elles se retrouvent également dans les traités de paix proprement dits.

C'est ainsi que la reconnaissance de la supériorité du peuple romain se retrouve dans des traités de paix de plus en plus nombreux, à mesure que la puissance de Rome s'accroît. Après la deuxième guerre punique, les Romains l'imposèrent aux

(1) De antiquo jure Italiæ, I, 1.

(2) Loc. cit. p. 97.

(3) XXVI, 57. — XXXVII, 1.

(4) (Tite Live, XXXVIII, 11. — Cic. Pro. Ballo, 16.

Carthaginois qui, d'après Tite-Live, (1) durent prendre cet engagement : « *Bellum neve in Africa, neve extra Africam, injussu populi romani gererent* ».

Quant à la distinction des traités en *foedera æqua*, *minus æqua* et *iniqua*, les Romains ne l'ont pas connue.

Proculus dans la loi 7, § 1. D. de capit. 49. 15. ne mentionne que deux genres de traités «... *Item sive æquo foedere in amicitiam venit, sive foedera comprehensum est, ut is populus alterius populi majestatem comiter conservaret ; hoc enim adjicitur ut intelligatur alterum populum superiorem esse.* »

Tite-Live les range dans trois catégories (2) : « *Esse tria genera foederum, quibus inter se paciscerentur amicitias civitatesque regesque. Unum, quum bello victis dicerentur leges : ubi enim omnia ei qui armis plus posset, dedita essent, quæ ex iis habere victos, quibus mulctari eos velit, ipsius jus utque arbitrium esse. Alterum, quum pares bello æquo foedere in pacem atque amicitiam venirent. Tertium esse genus, quum qui hostes nunquam fuerint, ad amicitiam sociali foedere inter se jungendam coeant ; eos neque di-*

(1) XXX. 37.

(2) XXXVI. 57. Tite-Live qualifie ces trois espèces de traités *foedera* ou de *d'amicitiæ* ; ce qui prouve qu'il n'y a aucune différence à établir entre ces deux termes.

cere, neque accipere leges : id enim victori et victi esse ».

Il ne faut voir dans ces divisions que des exemples et une énumération des causes des traités et des circonstances dans lesquelles ils interviennent.

En fait, les premiers traités des Romains avec les peuples non moins puissants qu'eux, étaient conclus sur un pied d'égalité et peuvent, si l'on veut, être qualifiés d'*æqua*. Ils devinrent très rares par la suite (1) et les Romains purent imposer presque toujours leurs lois à ceux qui traitaient avec eux. Suivant les hasards de la guerre ou les nécessités de leur politique, ils leur imposaient des conditions plus ou moins dures.

Si l'on appelle les traités conclus dans ces conditions *foedera minus æqua* ou *iniqua*, il ne faut pas perdre de vue qu'il n'y a pas là des espèces différentes de traités, mais que ce ne sont que de simples épithètes résultant des circonstances et des conditions faites par le plus fort.

Le caractère essentiellement relatif des traités passés par les Romains a été fort bien exposé par de Beaufort (2) à propos de leur alliés : « Ils continuaient à être peuples libres et indépendants qui

(1) « Voigt. (II. p. 217. etc.) a démontré que depuis la première guerre punique, les clauses essentielles de l'ancien *foedus æquum* ne se trouvent plus dans les traités (Mispoulet, loc. cit. II, p. 18) ».

(2) Loc. cit. II, p. 271.

étaient dans l'alliance des Romains et non leurs sujets. Mais il y avait tant de disproportion dans la puissance des deux parties contractantes qu'il était impossible qu'il s'observât une égalité parfaite dans les conditions de ces traités ».

« Aussi les Romains y glissaient-ils presque toujours deux clauses qui assujettissaient réellement ces prétendus alliés; l'une était de leur faire promettre qu'ils auraient pour amis ou pour ennemis tous ceux qui le seraient des Romains (Tite-Live XXXVIII, 1, 5 XXXVII, 2. — Cic. fam. liv. XII. ep. 12). « Eisdem quos Populus Romanus hostes et amicos habeant »; — l'autre par laquelle ils reconnaissaient la supériorité des Romains et s'engageaient à la maintenir : « Magestatem Populi Romani comiter conservanto. (Cic. pro Balbo, 16, — Polybe, Exc. leg. XXVIII, 5) ».

« Si les Romains traitaient avec un peuple puissant..... ils n'avaient garde d'insérer dans le traité une clause qui ne pouvait manquer de le révolter,..., ils obtenaient des alliances égales..., il devenait lui-même sujet par un long usage de l'alliance et par la grande supériorité des Romains. Tels furent divers peuples d'Espagne, presque toutes les villes et les peuples de la Grèce, les rois de Numidie, de Cappadoce, de Bithynie, etc.... »

§ 5. — Du traité d'hospitium

Nous signalerons toutefois un genre de traité spécial à l'antiquité et qui se présente avec un aspect et des caractères particuliers.

C'est le traité d'hospitium (1).

« *Amicitia et hospitium* », dit Muirhead (2), « selon toute probabilité, étaient pratiqués avant la fondation de Rome et furent adoptés par elle comme institutions essentielles aux rapports pacifiques des Etats. — La première consistait en un traité ou convention d'amitié avec ou sans formalités, garantissant la sécurité du séjour pour les membres de l'un des Etats sur le territoire de l'autre. Les amici étaient considérés comme in publica tutela du pouvoir dans les limites duquel ils résidaient temporairement; ils avaient droit d'obtenir protection pour leur personne ou leur propriété par l'intervention directe du roi ou de tout autre magistrat souverain. Hospitium, qui pouvait être public ou privé, i. e., accordé aux citoyens d'un autre Etat en général, ou seulement à un particulier et qui était habituellement héréditaire, impliquait quelque chose d'analogue au patronage... Mais il n'y a aucune raison de supposer que dans la première période au moins de la République,

(1) Loc. cit., p. 140.

(2) L'hospitium ainsi que cela paraît résulter de l'étymologie de ce mot. (*Hospes hosti*) est une très ancienne institution. peut-être la plus ancienne de toutes les conventions internationales (Mispoulet II, p. 10).

cela donnât à l'hôte aucun droit au-delà des droits d'hospitalité et de protection par l'intermédiaire de son patron. Toute augmentation de droit dépendait des traités, dans le cas d'Etats étrangers».

« L'amicitia, » dit Mommsen (1), « est plus jeune que l'hospitium; c'en est une forme nouvelle et elle en diffère fort peu ».

« Le contrat d'hospitium », ajoute le même auteur (2), « n'avait à l'origine qu'une durée de quelques jours : neuf jours (Homère II. 6. 168). Il devint ensuite plus que viager et s'étendit aux enfants et petits enfants. (Orelli Inscriptiones 156). « Suorum liberorum posterorumque recepit ». Entre les Etats il pouvait contenir des dispositions pour la paix ou la guerre ».

La conclusion du traité d'hospitium était soumise aux règles des contrats consensuels; il suffisait de la volonté clairement exprimée des parties (3). C'est ainsi qu'au témoignage de Mommsen celui qui franchissait le seuil d'un étranger en demandant le gastrecht (hospitium) et qui trouvait un acquiescement chez l'hôte, avait droit

(1) Rœmische Forschungen, das rœmische Gastrecht, p. 326 et 1.

(2) Loc. cit., p. 330.

(3) V. Mommsen. R. G., p. 335. qui cite un sénatus-consulte de l'an 12 av. J.-C. Marini Arvali. « S. P. R., hospitium fecerunt quom L. Domitio... cumque et posteros eius sibi posterisque suis captaverunt isque eos posterosque eorum in fidem clientelamque suam recepit. (Sénatus-consulte de la province d'Afrique).

à l'hospitium, quand même celui-ci gardait le silence.

Le traité d'hospitium n'avait rien de solennel, il était conclu par demande et réponse, — sponsione (1). — Mais il était constaté par l'échange entre les parties de signes de preuve ou d'écrits que les Romains appelaient *tesseræ*. « Ils consistaient en deux morceaux brisés d'un tout que l'on rapportait l'un à l'autre. Avant de se séparer on rompait une médaille. Dans l'occasion on en représentait la moitié à son ancien hôte qui vous reconnaissait à ce signe et vous recevait comme ami » (2). D'après Mommsen (2), cette opinion est inexacte et le savant auteur fait remarquer que quelques-uns de ces signes nous sont parvenus; le plus souvent ils consistent en deux mains entrelacées (Corp. Inscript. græc. 5496-6778).

Les traités d'hospitium public étaient faits en double exemplaire et gravés sur une table d'airain; chaque partie en recevait une. Les Romains plaçaient la leur dans le temple de Jupiter Capitolin, sous l'égide de la *Fides Populi Romani* (3).

On avait coutume de mentionner à la fin des traités le nom du messenger spécial (*legatus*) chargé de le remettre. Souvent on les affichait et

(1) Gaius III, 94. — Cic. pro Balbo, 12, 19.

(2) Plaute. *Pœnulus*. 5, II, 22 et s.

(3) Loc. cit., p. 338, not. 22.

ces monuments portaient encore le nom de tesserae (1).

Le traité d'hospitium prenait fin par la volonté d'une des parties (2) ou par la non observation d'une partie des clauses. — S'il était public, il n'avait pas besoin d'être dénoncé entre Etats avant de déclarer la guerre (3).

L'hospitium conférait le droit à l'hospitalité.

Nous avons peu de renseignements sur l'hospitium public. « Les textes classiques se bornent à le mentionner, sans nous en faire connaître les effets (4). Les étrangers qui en jouissaient s'adressaient au roi, plus tard aux questeurs urbains, puis aux édiles, pour être hébergés. En général ils avaient pour logis le champ de mars, la villa publica (5), ou les ædes liberæ (6) et recevaient des présents « Dautia quæ lautia dicimus dantur legatis hospitibus gratia » (7).

« L'étranger ou les membres de la cité étrangère auxquels Rome accordait l'hospitium, dit Mispoulet (8), pouvaient encore être admis aux fêtes publiques et participer aux cérémonies religieuses ».

L'hospitium public ne conférait pas le droit à

(1) Mommsen. R. G., p. 340.

(2) Tite-Live XXV, 48.

(3) Tite-Live XXXVI, 3.

(4) Mispoulet II, § 82, p. 12.

(5) Tite-Live XXX, 21. — XXXIII, 24.

(6) Tite-Live XXX, 17. — XXXV, 23.

(7) Mommsen. R. G. p. 340.

(8) Loc. cit. II, § 82, p. 12.

l'entretien; cependant il a dû être fourni à l'origine et remplacé plus tard par de l'argent. Valère Maxime dit (1) « ut numera ei quotidie per questorem darentur ».

Les avantages découlant de l'hospitium publicum étaient évidemment tous renfermés dans l'hospitium privatum. L'hôte avait le droit d'être reçu, hébergé et traité avec honneur par son hôte lorsqu'il se trouvait dans la cité de ce dernier — le droit d'être représenté et défendu en justice par celui-ci en cas de besoin, etc... (2). En outre résultaient de l'hospitium, le devoir d'assistance dans la maladie et le droit à la sépulture.

Dans l'ancien droit romain, un particulier pouvait conclure un contrat d'hospitium avec un particulier appartenant à un Etat avec lequel on était en guerre. L'Etat n'était lié en rien, mais l'hospitium avait pour effet d'empêcher la partie liée de pouvoir considérer les biens de l'autre comme sans maître et lui enlevait la faculté de s'en emparer (3).

L'hospitium avait un effet pratique considérable. Quand on avait une affaire au dehors, on en chargeait son hôte étranger et cette coutume était d'un fréquent usage dans l'antiquité (4). Ainsi un état

(1) V. I, 1.

(2) Tite-Live XLII, 1. — Cicér. Divin. 20. — Mommsen. loc. cit., p. 344.

(3) Mommsen. loc. cit., p. 348.

(4) Tite-Live IV, 13. — IX, 36.

qui avait conclu un traité d'hospitium avec un étranger, le choisissait comme représentant auprès des siens ; telle l'institution que les Grecs appellent Proxénie et qui présente une grande analogie avec nos consulats.

Toutefois les Romains paraissent avoir laissé cette pratique aux autres peuples et ne s'être servis à l'extérieur que d'envoyés nationaux.

CONCLUSION

Nous sommes arrivés au terme de cette étude, après avoir passé successivement en revue les règles du droit des gens en vigueur à Rome. Ce droit, on pourra l'apprécier diversement ; mais il nous semble impossible de discuter son existence.

En ce qui concerne spécialement le jus fetiale, il a sa place marquée dans la genèse de l'empire romain. Basé sur la religion, — et nous avons vu qu'à Rome celle-ci était subordonnée à la politique, — il a servi tout à la fois à en imposer aux ennemis et à en imposer au peuple et, circonscrit dans les règles étroites de formalités sacramentelles, il a permis à l'occasion, par un respect exagéré de la forme, de sauvegarder les apparences et de violer la foi dans un cas dangereux.

Les règles du jus bellicum sur les droits et obligations qui dérivent de l'état de guerre et qui constituent une des parties les plus importantes du droit des gens, celles du jus legationis, ne sont pas si éloignées, sur bien des points, des règles que nous voyons en vigueur de nos jours.

Si l'on nous objecte que le droit des gens à Rome était avant tout et surtout un droit romain, nous en

conviendrons volontiers. Le principe qui a guidé les Romains en notre matière paraît bien avoir été celui qu'a traduit Virgile dans ce vers de l'Énéide ;

« Tu regere imperio populos, Romane, memento » (liv. VI. vers. 854).

Faut-il trop leur en vouloir et s'ériger en contempteur de leur droit des gens, quand, deux mille ans après, on considère l'enôtre.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	1
PREMIÈRE PARTIE. — Du jus gentium.	3
Le jus gentium — le jus naturale et le droit des gens à Rome.	3
DEUXIÈME PARTIE. — Du jus fetiale	13
Section I. — Influence de la Religion à Rome.	13
Section II. — Sens du mot hostis à Rome. — Le droit Fétial	20
Section III. — Origine des Fétiaux.. . . .	22
Section IV. — Les Fétiaux et leurs attributions'	24
Section V. — Sens de l'expression « bellum justum » . .	27
Section VI. — De la déclaration de guerre	30
§ 1. — Formalités de la déclaration de guerre . . .	30
§ 2. — Comparaison avec les legis actiones	34
§ 3. — Comparaison de l'institution des Fétiaux romains, avec les institutions étrangères analogues.	34
§ 4. — Du droit de déclarer la guerre.	35
§ 5. — Cérémonies accessoires.	37
Section VII. — Dérogations aux principes. — Décadence des Fétiaux	37
TROISIÈME PARTIE. — Du jus bellicum.	39
Section I. — Des belligérants.	39
Section II. — Des droits de guerre.	41
Section III. — Des actes d'hostilité permis	44
Section IV. — De la condition des vaincus. — Du serment	45

Section V. — Du postliminium quant aux personnes . .	48
Section VI. — De l'extradition.	55
Section VII. — Des Récupérateurs	57
Section VIII. — Des espions. — Des transfuges et des déserteurs. — Des otages	59
Section IX. — Du droit de sépulture. — Des représailles.	61
Section X. — Des choses conquises, — Du butin. — Du pillage.	63
Section XI. — Du postliminium quant aux choses	68
Section XII. — Des conventions de guerre.	71
§ 1. — De la deditio.	71
§ 2. — Des indutiae	74
Section XIII. — De la neutralité.	75
QUATRIÈME PARTIE. — Du jus legationis et des traités.	77
Section I. — Du droit de représentation. — Inviolabilité des ambassadeurs. — Immunités et fonctions.	77
Section II. — Des conventions de paix et des traités. . . .	85
§ 1. — De la sponsio	85
§ 2. — De la pactio	87
§ 3. — Du foedus.	88
a) Conditions de validité.	88
b) Formes.	90
§ 4. — De la division des traités.	93
§ 5. — Du traité d'hospitium	100
CONCLUSIONS	107

DROIT FRANÇAIS

DES

DROITS DES CRÉANCIERS

HYPOTHÉCAIRES ET PRIVILÉGIÉS

SUR L'INDEMNITÉ D'ASSURANCES CONTRE L'INCENDIE

LOI DU 19 FÉVRIER 1889

INTRODUCTION

1^o Droit des créanciers hypothécaires et privilégiés sur l'indemnité d'assurance contre l'incendie avant la loi du 19 février 1889. — Nature et caractère de l'indemnité d'assurance.

« J'ai vu, « dit Troplong (1) », des hommes de loi embarrassés de prononcer sur la question suivante : Pierre a une hypothèque sur la maison B... que détruit un incendie. Le propriétaire qui avait fait assurer sa maison reçoit une indemnité de la compagnie d'assurances. Les créanciers conservent-ils leur rang hypothécaire sur cette indemnité qu'ils font saisir entre les mains du directeur responsable ?

« Je ne conçois pas comment on peut trouver dans ce cas une difficulté. L'hypothèque est éteinte par la perte de la maison : *re corporali extincta, hypotheca perit*. Comment donc pourrait-elle atteindre la somme qui n'est allouée que *ex post facto*, à titre d'indemnité pour le propriétaire ? D'ailleurs cette somme d'argent est pure-

(1) Des hypothèques, ch. VII, p. 890.

ment mobilière, elle n'est et ne peut être subrogée à la maison d'après tous les principes de la subrogation. On ne doit donc pas hésiter à dire que la somme doit être distribuée sans égard aux hypothèques ».

Cette opinion émise avec une si grande netteté résume en quelques lignes toutes celles formulées dans le même sens par la plupart des auteurs et c'est celle qui, avec raison, a prévalu. Avant le 19 février 1889, il n'existait en effet ni loi, ni principe de droit pouvant servir de base à l'action du créancier privilégié ou hypothécaire sur le prix de l'assurance. Il était au contraire, comme il est d'ailleurs encore de règle, que la destruction de la chose affectée à la garantie de la créance éteint l'hypothèque. Or, tant que, dans le cas particulier qui nous occupe, cette règle ne fut ni modifiée ni rapportée, elle devait régir les droits des divers créanciers sur la somme représentative du dommage et, par conséquent, les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne pouvaient avoir sur cette somme d'autres droits que les créanciers chirographaires.

Mais, en raison des inconvénients graves qu'elle entraînait, une pareille doctrine fut vivement combattue.

Quelques auteurs s'épuisèrent en ingénieuses subtilités pour éluder, au nom de la justice et de l'équité, l'application stricte des principes les plus clairs.

« On se demande pourquoi », dit Boudousquié (1), « les créanciers privilégiés et hypothécaires ne seraient point préférés sur le produit de l'assurance puisque c'est réellement leur chose qui est assurée? Pourquoi le sinistre créerait en faveur des créanciers chirographaires, des droits qu'ils n'avaient pas auparavant? Pourquoi la perte des biens de leur débiteur rendrait leur condition meilleure? Un tel système n'offre-t-il par des dangers? Est-il conforme aux principes d'ordre public qu'un créancier, qui a imprudemment suivi la foi de son débiteur et qui n'a peut-être aucun espoir d'être remboursé, puisse espérer son paiement d'un événement qui est toujours un malheur privé, lors même qu'il ne devient pas une calamité publique? Il est certain que la distribution par ordre de privilèges ou d'hypothèques ne changeant rien à la condition des parties intéressées, ne porte atteinte à aucun droit et ne peut entraîner d'inconvénients, tandis que la distribution par contribution prive les créanciers privilégiés de droits qu'ils avaient acquis et peut offrir des dangers réels, puisqu'elle intéresse les créanciers chirographaires à la perte des biens de leur débiteur ».

« En théorie », dit Laurent (2), « il n'y a aucune raison pour attribuer l'indemnité à la masse chi-

(1) Traité de l'assurance contre l'incendie, n° 316.

(2) Droit civil, tome 31, n° 409.

rographaire, tandis qu'il y a de bonnes raisons pour maintenir le droit des créanciers privilégiés et hypothécaires. Ils avaient traité en vue du droit de préférence que la loi ou la convention leur assurait; régulièrement, cette garantie se réalise par la vente de la chose grevée du privilège ou de l'hypothèque; si celle-ci vient à périr, il est de toute justice que le droit de préférence subsiste sur l'indemnité ».

Pour soutenir son opinion, Boudousquié, un des plus ardents défenseurs du système qui attribue l'indemnité d'assurance, de plein droit, aux créanciers, d'après l'ordre de leurs privilèges ou hypothèques, cherche à assimiler l'indemnité d'assurance au prix de vente.

D'après lui, le débiteur, qui fait assurer une propriété grevée de droits réels, est censé stipuler tant au nom des créanciers inscrits qu'en son propre nom et l'indemnité doit être, comme le prix de vente, attribuée aux créanciers dans l'ordre de leurs inscriptions.

« L'assurance, en effet, « dit-il » (1), est un contrat par lequel l'assureur se substitue, en cas de sinistre, à l'assuré, et s'oblige à supporter à sa place les pertes causées par l'incendie. Lors donc que l'incendie arrive, l'assureur devient, par l'effet de cette subrogation, acquéreur de la chose assurée.... Elle cesse d'appartenir à l'assuré ».

(1) Loc. cit. n° 319 et suivants.

Il y a donc entre l'indemnité et le prix de vente une analogie complète, l'une et l'autre représentent la chose. « Si le vendeur ne se dépouille que pour obtenir la représentation de la chose vendue, l'assuré ne paie la prime que pour obtenir, en cas de perte, l'équivalent de la chose assurée. Pourquoi donc l'indemnité ne représenterait-elle pas la chose assurée ? »

« L'assureur s'oblige à remplacer la chose assurée, si cette chose vient à périr ; cette obligation a donc le véritable caractère d'une obligation réelle, qui ne s'acquitte ordinairement en argent que parce que le remplacement ne pourrait, dans le plus grand nombre des cas, être fait en nature, sans procurer un bénéfice à l'assuré et que le paiement en argent est le moyen le plus sûr de faire que l'indemnité soit égale à la perte ; mais de ce que le paiement en argent n'est qu'un mode de libération, il suit nécessairement que l'indemnité, que l'assureur se réserve toujours la faculté de payer en nature, constitue une obligation facultative et réelle dans son principe, et qu'elle doit, comme le prix dû par l'acquéreur d'un immeuble qui a péri, être distribuée suivant l'ordre des inscriptions. (Voy. Toullier, tome 6, n° 700) »

« Les créanciers du vendeur et ceux de l'assuré sont dans une situation identique. Ceux du vendeur sont tout aussi étrangers au contrat de vente que ceux de l'assuré au contrat d'assurance et si, malgré cela, la loi accorde au premier une action

réelle contre les tiers acquéreurs, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les seconds ? »

En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, « il n'y a pas vente dans le sens de la loi, car il n'y a pas accord libre sur la chose et sur le prix. » La somme que reçoit le propriétaire déposé n'est pas un prix de vente, mais une *indemnité*. « Cependant cette somme est distribuée par ordre de privilèges ou d'hypothèques (art. 25 de la loi du 10 mars 1810) ».

« La perte de la chose grevée de droits réels n'entraîne pas nécessairement l'extinction de ces droits, et ne donne pas forcément, aux créanciers chirographaires, le droit de concourir, avec les créanciers inscrits, sur l'indemnité due pour la perte de la chose », puisque tout le monde reconnaît que le tiers responsable de la perte est obligé, « non seulement envers le propriétaire, mais encore envers ceux qui avaient un droit de gage sur la propriété, à la réparation du tort qu'il a causé ».

Ces arguments, quoique présentés avec talent, n'ont pas, et avec raison, paru suffisants pour faire adopter le système qu'ils ont la prétention de soutenir.

C'est en effet étrangement fausser l'idée du contrat d'assurance que de l'identifier au contrat de vente, de prétendre que l'indemnité n'est qu'un prix de vente et, qu'en conséquence, il est comme celui-ci la représentation exacte de l'immeuble incendié.

Parce que l'assureur se substitue en cas de sinistre à l'assuré, il ne s'en suit pas qu'il devienne un acquéreur de l'objet assuré, que cet objet périsse pour son compte et soit censé sa propriété. C'est l'assuré qui reste propriétaire des objets assurés qui n'ont pas été complètement détruits et, si ceux-ci ont totalement disparu, de quoi l'assureur deviendrait-il acquéreur ?

Le vendeur ne peut sédépouiller de sa propriété grevée de privilèges ou d'hypothèques sans que ces droits suivent la propriété et passent à la charge de l'acquéreur (art. 2166 cod. civ.). Par l'effet de ce droit de suite, l'acquéreur se trouve dans l'alternative de payer tous les créanciers inscrits ou de délaisser l'immeuble, si mieux il n'aime le purger, en offrant à ces créanciers de les payer jusqu'à concurrence de son prix (art. 2167, 2168, 2183, 2184 cod. civ.).

Ainsi la distribution du prix par ordre d'inscription n'est qu'un mode d'exécution du droit hypothécaire.

Il n'existe rien de semblable dans les effets du contrat d'assurance ; l'assureur qui n'acquiert ni la possession, ni la propriété de la chose assurée, ne peut être contraint au délaissement ; l'assuré et les créanciers qui exercent ses droits n'ont contre lui qu'une action en paiement de l'indemnité ; son obligation est donc essentiellement mobilière et n'offre aucune prise au droit hypothécaire.

Il n'est pas non plus vrai de dire que l'assureur

s'oblige à remplacer la chose assurée. Il s'oblige à réparer le dommage causé, ce qui est bien différent, car le caractère de son obligation n'est plus réel alors, mais personnel dans son principe.

Et d'ailleurs, qu'importe après tout que l'indemnité représente ou ne représente pas la chose assurée. Cela ne suffirait pas, pour que les créanciers hypothécaires ou privilégiés de l'assuré pussent prétendre se faire payer l'indemnité, dans l'ordre de leurs inscriptions ou de leurs préférences. Il faudrait encore que l'indemnité, en tenant lieu de l'immeuble assuré, prît le caractère immobilier de celui-ci. Or, une somme d'argent, meuble de sa nature, ne peut prendre le caractère d'immeuble que par une fiction de la loi. Cette fiction, la loi l'a établie pour le prix de vente, mais non pour l'indemnité d'assurance. « Et il ne faut pas oublier que nous sommes ici dans une matière de droit étroit où une semblable fiction ne saurait résulter de l'adage « *Subrogatum capit naturam subrogati* », mais doit être nécessairement expresse » (1).

On ne peut non plus tirer argument de ce qui se passe en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Si l'indemnité est distribuée, dans ce cas, par ordre de privilèges et d'hypothèques, c'est parce qu'une disposition spéciale de notre législation l'a décidé ainsi (art. 25 de la loi du 10

(1) Dalloz. R. V^o assurance n^o 84.

mars 1810) ; de même qu'une loi du 25 avril 1825, (article 18), a ordonné que les créanciers inscrits sur les biens confisqués par l'Etat, en exécution des lois sur l'émigration, seraient admis à faire valoir leurs droits sur l'indemnité accordée aux propriétaires dépossédés.

Enfin le dernier argument invoqué par Boudousquié n'a pas plus de portée. Si le tiers qui est cause de la perte de la chose est responsable non seulement envers le propriétaire, mais encore envers ceux qui avaient des droits sur cette chose et, par conséquent, envers les créanciers à hypothèque ou privilège, c'est en vertu de l'article 1382 du code civil, posant le principe que quiconque cause du dommage à autrui est tenu de le réparer.

D'autres auteurs ont tenté, plus récemment, de soutenir le même système que Boudousquié, mais par des arguments différents.

« On peut », dit Laurent (1), « outre les motifs d'équité, invoquer un motif de droit sur lequel on n'a pas assez insisté : Quand une propriété vient à périr par un accident, le créancier, devenu propriétaire en vertu du contrat, a toutes les actions en indemnité qui appartenaient à son auteur et qui lui sont transmises avec la chose (art 1303). Or le créancier hypothécaire est un propriétaire ; il a droit à un démembrement de la propriété si la chose vient à périr ; l'indemnité due par l'assureur

(1) Droit civil, t. XXXI. n° 409.

lui appartient dans la mesure de son droit réel. Ce n'est pas une subrogation comme on l'a dit, c'est une dépendance de la propriété ».

Pour répondre à cette doctrine, il suffit de remarquer avec M. de Lalande (1), « que le créancier hypothécaire n'est point propriétaire de la chose assurée, il a bien un *jus in re*, mais ce droit ne lui confère que la faculté de suivre la chose entre les mains de ses propriétaires successifs et de se faire payer son prix par préférence aux autres créanciers ». L'article 1303 du code civil suppose que le débiteur était obligé de livrer la chose elle-même au créancier ; ici, le débiteur, l'assuré, n'était nullement tenu de livrer à son créancier la chose hypothéquée qui a péri, puisque celui-ci ne pouvait que faire exproprier son débiteur et obtenir son paiement sur le prix de vente. Or, l'indemnité n'est pas un prix de vente, l'article 1303 est donc inapplicable à ce double point de vue (2).

On dit encore (3), à l'appui de la thèse qui regarde l'indemnité comme la représentation de la chose assurée, et qui l'attribue comme telle aux créanciers dans l'ordre de leurs privilèges et hypothèques : « La somme versée par l'assureur ne

(1) Traité théorique et pratique du contrat d'assurance contre l'incendie, nos 147 et 514.

(2) Conf. Colmet de Santerre, t. V. n° 260 bis III.

Huc. Traité théorique et pratique de la cession et transmission des créances, n° 293.

(3) Martineau de Chesnez. — Réalisation du gage hypothécaire, thèse 1882. p. 223.

peut être considérée que comme l'équivalent des primes versées par l'assuré ; elle est, la plupart du temps, de beaucoup supérieure aux primes qui ont été payées. Il n'y a pas ici un échange de sommes ; les primes sont toujours payées, tandis que l'indemnité n'est soldée qu'en cas de sinistre, c'est-à-dire qu'elle ne le sera peut-être jamais. Ne vaudrait-il pas mieux dire que ce qui est fourni en retour des primes, c'est la chance pour l'assuré de ne pas perdre son bien, l'obligation contractée par la compagnie d'assurances de payer la représentation de l'immeuble ? »

C'est vrai, l'indemnité n'est pas l'équivalent des primes versées. Cette idée est juste ; mais les conséquences qu'on en tire sont erronées. Il est exact de dire qu'elle ne sera presque jamais équivalente à la somme totale des primes acquittées ; mais pourquoi ? Parce que l'assurance est un contrat aléatoire. Il y a à perdre ou à gagner. La perte ou le gain de l'un ou de l'autre des contractants dépend d'un événement incertain : l'incendie. Il n'y a rien à induire de là en faveur de l'opinion, qui regarde l'indemnité comme la représentation de la chose assurée, puisque ce qui est payé au bénéficiaire du droit, c'est la réparation du préjudice qu'il a subi (1).

Enfin M. Labbé (2), tout en reconnaissant que l'indemnité d'assurance ne représente pas l'im-

(1) Dalloz, R. S. V^o Assurances, n^o 207.

(2) Revue critique, 1886, n^o 683.

meuble assuré et qu'elle n'est pas assimilable au prix de vente, soutient néanmoins qu'elle est susceptible d'être affectée aux créanciers du propriétaire, en suivant entre eux l'ordre que leur assigne les privilèges et hypothèques, qu'ils se sont fait concéder sur cette chose.

D'après lui, le créancier privilégié ou hypothécaire a le droit de toucher l'indemnité par préférence aux autres créanciers chirographaires, non pas en vertu de son hypothèque ou de son privilège sur la chose, mais en vertu d'un privilège *légat* sur la créance née du contrat d'assurance. Il crée ainsi gratuitement un privilège nouveau, sans texte, et en dehors des cas prévus par la loi, au mépris, par conséquent, de tout ce qui est admis sur cette matière de droit strict. Il prétend échapper à ces deux graves objections soulevées contre l'opinion qui donne à l'hypothèque et au privilège lui-même effet sur le capital de l'assuré : 1° L'immeuble a péri, l'hypothèque n'existe plus, comment un droit de préférence pourrait-il en découler ? — 2° L'indemnité que paie l'assureur est l'équivalent des primes et non pas l'équivalent de l'immeuble dont la destruction motive le paiement de l'indemnité. L'hypothèque frappe le prix, parce que le prix est substitué à la chose : il n'en est pas ainsi du capital de l'assuré.

Ceci est encore vrai, mais M. Labbé n'échappe pas à cette autre objection encore plus grave : On ne peut créer des privilèges en dehors des cas strictement

énumérés par la loi et cela, malgré toutes les meilleures raisons invoquées au nom de la justice et de l'équité. L'éminent professeur reconnaît qu'il serait excessif de faire porter l'hypothèque sur l'indemnité d'assurance, comme sur le prix de vente, et d'admettre que l'inscription prise sur l'immeuble, saisisse l'indemnité d'assurance, et soit opposable à l'assureur. Mais n'est-ce pas aller tout aussi loin que d'accorder, sans texte, aux créanciers hypothécaires, un droit de préférence sur l'indemnité, à l'encontre des créanciers chirographaires ? Cette solution est-elle moins novatrice ? Elle est conforme à l'utilité pratique, dit M. Labbé. Sans doute tout le monde se plaît à le reconnaître, mais elle n'en est pas moins contraire à la loi.

La jurisprudence s'était, au début, prononcée dans le sens de l'attribution de l'indemnité d'assurance aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. D'abord un arrêt de la cour de Colmar du 25 août 1826 vint déclarer, dans l'un de ses considérants, que le prix de l'assurance représentait l'immeuble assuré. La cour de Rouen s'expliqua plus clairement encore dans un arrêt du 27 septembre 1828 : « Attendu », disait-elle, « que lorsque les objets incendiés sont représentés par un capital qui en tient lieu, puisqu'il est le résultat de l'assurance de l'immeuble faite dans l'intérêt des ayants droits, l'hypothèque frappe ce capital, comme elle frapperait celui qui proviendrait de la vente de l'immeuble par expropriation forcée, etc... »

L'arrêt de la cour de Rouen fut cassé par la cour de cassation le 28 juin 1831, par le motif qu'il n'y avait aucune loi, affectant la somme assurée aux créanciers inscrits sur le bâtiment incendié, par préférence aux créanciers chirographaires.

Dès lors, la jurisprudence ne s'écarta plus de cette voie et de nombreuses décisions admirent, d'une façon constante, que l'indemnité d'assurance ne représentait pas l'immeuble et, qu'en conséquence de ce principe déduit des principes généraux du droit, elle devait être attribuée à tous les créanciers indistinctement, au marc le franc de leurs créances (1).

Presque toute la doctrine se rallia également à ce système (2).

- (1) Paris, 8 avril 1834. B. de M. II. p. 21.
Grenoble, 27 février 1834. B. de M. II. p. 20.
Bordeaux, 28 janvier 1839. Journ. ass. 1850. p. 16.
Colmar, 11 mars 1852. S. 53.2.317. — B. de M. II. p. 134.
Cass. Req. 30 décembre 1859. S. 60. I. 24.
Cass. Req. 31 décembre 1862. D. P. 63. I. 423.
Douai, 3 janvier 1873. B. de M. II. 456.
Cass, 12 mars 1877. D. P. 1877. I. 97.
Bordeaux, 30 mai 1877. Journ. des ass. 1878. p. 51.
Paris, 8 décembre 1879. D. P. 81. 2. 23.
Aix, 5 mars 1879. Journ. des ass. 1880. p. 12.
- (2) Ruben de Couder. — Dictionnaire du droit commercial
V^o assurances, n^o 226.
Philouze. — Manuel du contrat d'assurance, p. 47-48.
Duhail. — Etude sur le contrat d'assurance contre l'incendie.
De Lalande et Couturier. — Loc., cit., p. 147 à 149.
Aubry et Rau. — Tome II § 292, texte et note 11. etc.
Contrà, Darras et Tarbouriech. — De l'attribution en cas de sinistre des indemnités d'assurances, n^o 20.
Sebire et Carteret. — Encyclopédie du droit. V^o Contrat d'assur. terres. n^o 163.

2^o Inconvénients du mode d'attribution des indemnités d'assurance, avant la loi du 19 février 1889. — Nécessité d'une disposition législative.

On comprend sans peine le grand obstacle qu'un pareil état de choses opposait au développement et à la force du crédit réel. Les sûretés que les créanciers se sont fait consentir sur l'immeuble, venant à disparaître fortuitement sans que rien ne les remplace, le prêteur y regardera à deux fois avant de livrer ses deniers. S'il est seul créancier, il lui sera facile de se faire payer sur l'indemnité, mais s'il vient en concours avec un ou plusieurs autres, il n'aura pas plus de droits qu'eux, et risquera, par suite de ce concours, dont le résultat sera égal pour tous, de perdre une partie et même la totalité de sa créance.

Ainsi l'assurance, si utile au propriétaire, n'ajoutera aucune force au crédit immobilier ; elle n'encouragera pas les prêteurs sur gage à confier plus volontiers leurs capitaux. C'est cependant là un rôle qui semble particulièrement réservé à cette institution et l'on peut dire, qu'à ce point de vue, elle manque totalement son but.

D'autre part, ce système est absolument contraire à l'équité. Quel est celui, en effet, du créancier ayant une hypothèque ou un privilège sur la

chose objet de l'assurance ou de celui ayant négligé de se faire concéder aucune sûreté sur cette même chose, qui mérite la faveur de la loi ? Pour répondre, il suffit de savoir auquel des deux le fait de l'incendie cause préjudice. Est-ce au créancier chirographaire qui n'a d'autre garantie que l'obligation de la personne et qui, connaissant les charges grevant les biens immobiliers de son débiteur, n'a pourtant exigé de celui-ci qu'un engagement personnel, et n'a pu concevoir, sur la vente de ces biens, aucun espoir de remboursement ? Est-ce, au contraire, au créancier hypothécaire qui, n'ayant prêté son argent qu'en considération du gage, le voit périr, et se trouve ainsi réduit à la seule garantie de la personne ? Evidemment ce dernier est seul lésé par le fait de l'incendie. Le préjudice qu'il éprouve suffirait déjà pour justifier la faveur que le législateur devait lui accorder.

Mais il y a plus ; non seulement un pareil système n'est pas conforme à l'équité, mais peut devenir un véritable danger public. Que peut-il arriver en effet ? Que le créancier chirographaire ait intérêt à la destruction du bâtiment hypothéqué ; que l'assuré ait toujours, à sa disposition, un moyen de favoriser ses créanciers chirographaires au détriment de ses créanciers privilégiés et hypothécaires. N'y a-t-il pas là des sources de trouble et de désordre qu'il importe de tarir dans l'intérêt de la sûreté générale et de la morale

publique? Sans parler des incendies volontaires que la cupidité d'un créancier chirographaire ou qu'un sentiment de vengeance et de haine du débiteur contre un créancier hypothécaire peut provoquer, ne doit-on pas aussi empêcher que celui qui n'a rien perdu profite de l'indemnité, au préjudice de celui qui a éprouvé une perte? Ne doit-on pas, au contraire, attribuer le bénéfice de l'assurance à celui qui souffre du sinistre?

Tous ces inconvénients, conséquence forcée de l'application stricte des principes, firent depuis longtemps dire qu'une lacune existait dans notre législation, lacune qu'il importait de combler, en immobilisant, de plein droit, les fonds provenant de l'assurance et en les attribuant par préférence et selon l'ordre des inscriptions, aux créanciers privilégiés et hypothécaires. On comprit qu'une telle décision serait plus conforme au régime hypothécaire, base la plus solide du crédit qui pour être fort, doit, tout en ménageant les intérêts de l'emprunteur, réunir toutes les conditions de sûreté et toutes les garanties que peut désirer un prêteur.

Déjà, et par une extension du droit hypothécaire, extension qui prend sa source dans les motifs que nous venons de déduire, les auteurs, à défaut d'un texte formel de loi, avaient adopté du droit romain ce principe d'après lequel l'hypothèque renaît lorsque le bâtiment incendié vient à être reconstruit : « *Domus pignori data exusta est,*

eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit ; Quæsitum est de jure pignoris ? Paulus respondit pignoris persecutiam perseverare, etc. » (L. 29, § 2, de pign. et hypot.)

D'autre part des compagnies d'assurance contre l'incendie avaient essayé, par des dispositions contenues dans leurs statuts, de conserver aux créanciers privilégiés et hypothécaires tous leurs droits sur l'indemnité d'assurance.

C'est ainsi (1) que la société mutuelle de Paris avait porté dans l'article 11 de ses statuts, que le créancier hypothécaire jouirait, en cas d'incendie de l'immeuble assuré qui lui sert de gage, des deniers dont l'emploi devait être affecté à sa reconstruction. De même, dans les statuts de la compagnie du Phénix, on avait inséré la clause suivante : « En cas de sinistre et d'existence de créances hypothécaires sur les propriétés assurées, les créanciers inscrits ont les premiers droits sur les fonds réparateurs du dommage. La loi étant muette sur cette disposition, cette convention sera insérée dans les polices d'assurance ». « Mais l'ordonnance royale, dont l'autorisation était nécessaire, rejeta cet article, par le motif qu'il impliquait la faculté de transiger entre l'assureur et l'assuré dans les clauses de la police, sur les droits qui pourraient appartenir à des créanciers, lesquels droits sont ceux de tierces personnes et doivent être laissés

(1) Grün et Joliat. — Traité des assurances terrestres n° 109.

intacts sous l'empire de la loi commune. Ce n'est pas, dit M. Vincent, le pacte d'un assuré et d'un assureur, étrangers aux intérêts divers, qui peut disposer envers des tiers et lier la justice » (1).

La disposition législative, désirée depuis longtemps et réclamée par chacun pour changer cet état de choses, fut enfin prise. Le 19 février 1889, fut promulguée une loi qui vint établir le principe que l'indemnité de l'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques serait désormais attribuée aux créanciers privilégiés et hypothécaires, suivant leur rang. Elle étendit cette règle à d'autres indemnités qu'à celles dues en vertu d'assurances.

Nous étudierons cette loi et nous verrons que si elle a posé un principe très juste, elle n'en a pas suffisamment bien réglé et prévu les conséquences et que, par là même, elle n'est pas complètement arrivée au but qu'on espérait lui voir atteindre.

Mais auparavant, nous examinerons par quels moyens on était parvenu, dans la pratique, à combler les lacunes de la loi et comment, par des voies détournées mais légales, on donnait aux créanciers inscrits un droit sur l'indemnité due, en cas de perte de l'immeuble qui formait leur gage. Ces moyens, inventés par la nécessité, avaient pour conséquence de faire profiter le crédit réel des avantages de l'assurance.

(1) Grün et Joliat. loc. cit. n° 109.

DÉTERMINATION DU SUJET

Notre étude se divisera en quatre parties.

Nous examinerons, dans une première partie, le transport-cession de l'indemnité d'assurance au profit des créanciers de l'assuré, employé comme moyen de remédier aux inconvénients que présentait, pour les créanciers, l'application des principes à l'attribution des indemnités d'assurance, avant la loi du 19 février 1889.

Dans une deuxième partie, nous traiterons de l'assurance directe de la créance hypothécaire ou privilégiée, employée également par le créancier comme mode de protection de ses droits sur l'immeuble.

Dans une troisième partie, nous analyserons la loi du 19 février 1889, dans ses dispositions qui réglementent l'attribution de l'indemnité aux créanciers privilégiés et hypothécaires. Nous verrons les critiques qui lui sont adressées, les projets de réforme dont elle est déjà l'objet. Et,

pour terminer, dans une quatrième partie, nous jetterons un coup d'œil sur quelques législations étrangères, notamment sur la loi alsacienne-lorraine du 4 juillet 1881, qui nous semble, entre toutes, avoir le mieux fait l'application du principe de l'immobilisation à l'indemnité d'assurance.

PREMIÈRE PARTIE.

TRANSPORT-CESSION DE L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE AU PROFIT DES CRÉANCIERS DE L'ASSURÉ

AVANT PROPOS.

INTÉRÊT QUE PRÉSENTE ENCORE, APRÈS LA LOI DE
1889, L'ÉTUDE DU TRANSPORT-CESSION DE L'IN-
DEMNITÉ D'ASSURANCE.

L'article 1166 du code civil donne aux créanciers la faculté d'exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux exclusivement attachés à la personne. En vertu de ce principe, lorsque le débiteur n'agit pas, lorsqu'il néglige de faire valoir ses droits, les créanciers, quels qu'ils soient, peuvent se substituer à lui et agir en son nom. Ils pourront donc, en cas de sinistre de l'immeuble de leur débiteur, poursuivre le paiement de l'indemnité qui lui est due. Aucune difficulté ne peut s'élever à ce sujet (1).

(1) Cass. 23 janvier 1849. D. P. 1849. 1. 42

Mais la loi accorde ce droit à tous les créanciers indistinctement, aussi bien aux chirographaires qu'aux hypothécaires et privilégiés. D'autre part, l'indemnité n'est pas attribuée exclusivement à celui des créanciers qui use de l'article 1166 ; elle tombe dans l'actif du débiteur, pour devenir, avec la masse des ses autres biens, le gage commun de tous les créanciers.

L'indemnité d'assurance, devenant après le sinistre, le gage commun de tous les créanciers de l'assuré, ceux-ci peuvent se faire payer de leurs créances sur cette indemnité ; mais il n'en est pas « moins vrai que les rapports qui existent entre l'assuré, c'est à dire le débiteur, et ses créanciers, étant inconnus de la Compagnie ; celle-ci se libérera valablement entre les mains de l'assuré, si aucune mesure préventive, émanée des créanciers, ne l'en empêche » (2). Cette mesure préventive, les créanciers la trouveront dans les articles 557 et suivants du code de procédure civile, aux termes desquels tout créancier peut, en vertu de titre authentique, ou même, à défaut de titre authentique, en vertu d'une ordonnance du juge, saisir-arrêter, entre les mains d'un tiers, les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise.

Les conditions de validité de la saisie-arrêt ou opposition, et la marche à suivre pour l'exercer

(1) de Lalande, loc., cit., n° 519.

sont indiquées dans les mêmes articles. Il est inutile de nous y arrêter ; disons seulement, car nous trouverons plus tard l'application de ce principe, que, contrairement à un arrêt de la cour de Nancy du 17 novembre 1872 (1), la saisie-arrêt ou opposition doit être signifiée à la personne même et au domicile réel du tiers saisi (art. 560 pr. civ.) et par conséquent, en l'espèce, au directeur de la compagnie d'assurance et à son siège social.

Mais si la saisie-arrêt ou opposition est une excellente mesure préventive pour empêcher la compagnie d'assurance de payer l'indemnité due, en cas de sinistre, à l'assuré, au détriment des créanciers de celui-ci, elle n'est pas un remède aux conséquences du principe, que nous avons établi plus haut, et d'après lequel l'indemnité ne représente pas la chose assurée, n'est pas soumise à l'exercice des droits de préférence reposant sur cette chose. Elle n'empêche pas en effet que l'indemnité ne tombe dans l'actif de l'assuré, et ne devienne le gage commun de tous ses créanciers indistinctement. La saisie-arrêt ne donne aucun droit exclusif au saisissant sur l'indemnité, à l'encontre des autres créanciers. Il faut donc quelque chose de plus encore pour protéger efficacement ceux des créanciers qui ont, sur l'immeuble soumis aux risques du feu, des causes légitimes de préférence ; il faut une cession, en vertu de la-

(1) B. de M. III. 167.

quelle, le créancier deviendra réellement propriétaire de l'indemnité éventuelle, une cession, qui changera le droit de créance en un véritable droit de propriété.

La nécessité de cette cession d'indemnité s'était tellement imposée dans la pratique que la clause qui la contenait était devenue une véritable clause de style dans tous les contrats de prêt renfermant une constitution d'hypothèque, et si maintenant son utilité n'est plus la même, par suite de la loi de 1889 qui l'a remplacée par une cession légale, elle n'a pas cependant complètement disparu, et, bien souvent encore, des créanciers y auront recours, soit pour étayer plus fortement leurs droits de préférence déjà acquis, soit pour s'en créer à l'encontre des autres créanciers sur l'indemnité d'assurance, soit enfin et surtout à cause de l'insuffisance de la loi nouvelle, qui, comme nous le verrons, ne protège pas dans tous les cas les créanciers d'une façon utile.

En effet, comme le fait remarquer M. Huc (1), dans son excellent traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances que nous aurons plusieurs fois l'occasion de citer, 1^o la loi de 1889 « n'est faite que pour le cas où l'assuré a des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur l'immeuble assuré ; s'il n'en existe pas, la cession amiable, au profit d'un tiers quelconque

(1) Tome I, n^o 174.

de l'indemnité éventuelle, pourra avoir lieu selon les règles ordinaires.

« 2° En second lieu, la nouvelle loi n'a pas pour effet de rendre incessibles à l'égard des tiers, autres que les créanciers hypothécaires ou privilégiés, les indemnités éventuelles dont il s'agit. Donc, si au moment de l'assurance, il n'y a pas de créanciers ayant des droits réels sur l'immeuble assuré, l'indemnité pourra valablement être cédée à un tiers, simple créancier chirographaire, qui pourra opposer la cession aux créanciers hypothécaires ou privilégiés qui pourraient survenir ultérieurement ».

« 3° Enfin, s'il y a des créanciers privilégiés ou hypothécaires, les cessions amiables consenties à d'autres ne sont pas nulles, mais produiront leur effet utile après que les créanciers, investis d'un droit réel, auront été désintéressés ».

Nous plaçant sous ces différents points de vue, nous pensons que l'étude de la cession de l'indemnité d'assurance ne présentera pas seulement un intérêt historique, mais un intérêt actuel.

CHAPITRE I^{er}

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU TRANSPORT-CESION DE L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE EN LUI-MÊME. — SON CARACTÈRE.

La validité de la cession de l'indemnité d'assurance n'est pas contestée. On peut céder des droits éventuels ou conditionnels, et les créances de même nature sont, tout aussi bien que les droits déjà ouverts, susceptibles de cession. Ainsi, disent MM. Aubry et Rau (1), on peut céder l'action en indemnité contre une compagnie d'assurance, ou le recours éventuel contre les locataires et voisins, avant l'arrivée du sinistre qui donnera ouverture à cette action ou à ce recours.

Mais, si l'on peut céder des droits conditionnels, on ne peut céder des droits qui n'ont aucune existence juridique. Or, très souvent, en pratique, les notaires obligent l'emprunteur à se faire assurer, et, dans ces termes, ils font transporter le bénéfice de l'assurance *qui aura lieu*, au profit du prêteur. L'assurance, qui est ici le fait préexistant, générateur de la créance elle-même, n'existe donc pas encore au moment de la cession, et, par

(1) T. IV, § 359, p. 419, et p. 420, note 4.

conséquent, celle-ci est en opposition formelle avec ce qui est, puisqu'on ne transporte pas l'indemnité de l'assurance qui existe, mais l'indemnité de l'assurance qui aura lieu. Fait dans ces conditions, la cession est nulle parce qu'elle manque de base dans son objet, et qu'elle est contraire au principe dont l'énonciation, dit M. Huc, semble même une naïveté : c'est qu'on ne peut transmettre que les droits dont on est investi soi-même (1). C'est donc avec raison que, dans ces conditions, la cour de cassation a décidé que la cession de sommes dont le cédant n'était pas encore créancier, même conditionnel, au moment de la cession, ne saisissait pas le cessionnaire, à l'égard des tiers, des sommes qui postérieurement viendraient à être dues au cédant (2).

Le créancier hypothécaire peut obliger le propriétaire emprunteur à faire assurer la chose offerte en gage, en faisant de cette assurance et de la cession du bénéfice qui pourra en résulter, une condition *sine qua non* de son prêt. S'il ne l'a pas fait dans l'acte même de prêt, il peut évidemment l'obtenir encore plus tard de son débiteur, et le résultat sera le même.

Quel est exactement le caractère de cette disposition introduite usuellement, avant la loi de 1889,

(1) Loc. cit., t. I, p. 261.

Cass. 18 juin 1877, Journ. des not., XXI, 757.

Trib. de Ste-Menehould, 31 août 1880, Journ. des not. XXII, 446.

(2) Cass. 7 août 1843. S. 1843. 1. 775.

dans tout contrat de prêt ? Est-ce un transport véritable auquel il faudra strictement appliquer les règles de la cession de créances contenues dans les articles 1689 et suivants du code civil ? Ou est-ce une constitution de gage, un nantissement, auquel on appliquera l'article 2076 ?

La solution de cette question a un intérêt pratique. Si c'est un nantissement, il sera nécessaire de joindre à l'acte de prêt l'original du titre donnant droit à l'indemnité, c'est-à-dire la police. En effet, pour qu'un nantissement soit valable, il faut que le créancier soit investi du gage et que le débiteur en soit dépossédé. Tant que le débiteur reste en possession du titre, qui est ici la police, le contrat de gage ne peut donc prendre naissance et c'est seulement, par la remise du titre même au créancier, que celui-ci est valablement saisi du droit éventuel à l'indemnité, à l'exclusion de tous autres créanciers de l'assuré. (1) (2076 cod. civ.).

Si, au contraire, ce n'est pas un nantissement, mais un transport pur et simple, cette condition de la remise du titre même au créancier cessionnaire ne sera pas nécessaire, car il s'agira d'une transmission de propriété, pour la validité de laquelle la dépossession du cédant n'est pas exigée, suivant les principes du droit actuel.

(1). Troplong, n° 277. Du gage.

Aubry et Rau t. IV, § 432, p. 707.

Paul Pont. Traité des petits contrats, n° 1133, t. II.

Gauthier. Code des placements fonciers, n° 438.

Cass. 11 juin 1846, D. P. 1846. I. 52.

- Pour trancher la question, il faut examiner les termes de l'acte et, suivant que, d'après ces termes, on y verra un nantissement ou un transport, on appliquera à chacun ses règles respectives.

Mais qui ne voit les difficultés pouvant s'élever à ce sujet dans la pratique ? Pour les éviter, le Crédit foncier de France exige que la police d'assurance soit annexée à la minute du contrat de prêt ou qu'il soit constaté qu'elle lui a été remise. Cet établissement de crédit considère, par le fait, la cession de l'indemnité comme ne constituant pas une vente, mais un nantissement dont la validité est subordonnée à l'accomplissement des formalités édictées par les articles 2074, 2075 et 2076 du code civil (1).

Faite sous la forme d'un transport ou sous celle d'un nantissement, la cession d'indemnité d'assurance est en effet licite et efficace, si, bien entendu, on a suivi les règles propres à chacune de ces formes (2).

La forme du transport, n'exigeant pas la remise du titre, est plus pratique; car il n'est pas toujours facile d'annexer à l'acte de prêt l'original de la police qui peut être détruit ou adiré. D'autre

(1) Lois nouvelles, 1880, p. 401.

(2) Trib. Sainte-Menehould, 31 août 1880. Journ. des not. 1872, XXII, 446.

Orléans, 1^{er} mars 1873.

D'autre part, en employant la forme de vente, on évitera l'attribution de l'indemnité d'assurance par la justice, comme cela devrait nécessairement se faire, aux termes de l'article 2078 du code civil, si la forme du nantissement était employée.

CHAPITRE II.

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU TRANSPORT-CSSION DE L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE A L'ÉGARD DES TIERS.

Section I. — Ce qu'il faut entendre par tiers.

Il faut appliquer à la cession de l'indemnité d'assurance les règles générales de la cession de créance contenues dans les articles 1689 et suivants du code civil.

Entre les parties, c'est-à-dire entre le cédant et le cessionnaire qui sont ici l'assuré et son créancier, la propriété du droit cédé se transmet par le seul effet de l'accord de leur volonté (1138).

Quant aux tiers, la règle générale est aussi que les droits se transmettent à leur égard comme à l'égard des parties, par le seul effet de l'accord des volontés ; mais pour certains droits, comme ceux de créance, la loi exige de plus des formalités qui ont pour but de rendre publique la cession et de saisir le cessionnaire à l'égard de tous. Ces formalités sont celles indiquées dans l'article 1690 du code civil : la signification du transport faite au débiteur, ou l'acceptation de ce transport faite, par celui-ci, dans un acte authentique. Elles

ne sont pas nécessaires pour réaliser la cession, mais elles le sont pour rendre cette cession opposable aux tiers.

Et d'abord, quels sont les tiers visés par l'article 1690 ?

Ce sont tous ceux « qui peuvent prétendre, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession, à laquelle d'ailleurs ils sont demeurés étrangers, tend à anéantir ou à restreindre (1). »

C'est en faveur de ces tiers que les prescriptions de l'article 1690 sont édictées.

Ainsi le débiteur cédé, qui est ici l'assureur, est un tiers. Il est resté étranger à la cession qui s'est passée en dehors de lui, entre le cédant et le cessionnaire, et cependant il a intérêt à connaître cette cession pour savoir entre les mains de qui il devra, à l'occasion, payer l'indemnité (art. 1691).

D'autre part, les créanciers de l'assuré, quels qu'ils soient, sont aussi des tiers dans le sens de l'article 1690; ils sont étrangers au contrat de cession qui cependant les intéresse, car il fait sortir du patrimoine, formant leur gage commun, un bien qui donne à leur créance plus de garantie et par conséquent plus de valeur (2).

Enfin le cessionnaire lui-même qui a intérêt à connaître si l'indemnité qu'il veut se faire céder n'a pas encore été l'objet de précédentes cessions

(1) Huc. loc. cit. II, n° 361, tome I, p. 299.

(2) Huc. loc. cit. t. I, n° 299.

de la part de l'assuré et si ces précédentes cessions ont été ou non signifiées, doit encore, à l'égard de celle-ci, être considéré comme un tiers.

Section II. — Signification.

§ 1^{er}. — Sa définition.

« La signification, en soi, n'est autre chose qu'un acte officiel par lequel le débiteur est informé que la créance, dont il est tenu d'acquitter le paiement entre les mains du créancier originaire, est passée dans le patrimoine d'un autre qu'il devra désormais considérer comme le seul créancier (1). »

§ 2. — Son but.

Elle a pour but, d'abord, de faire connaître à l'assureur la cession de l'indemnité ; ensuite, d'empêcher l'assureur de payer désormais valablement à l'assuré l'indemnité éventuelle.

En exigeant que le débiteur cédé ait connaissance de la cession, le législateur a eu l'intention de rendre public le transport de la créance. Il a pensé que c'est vers le débiteur cédé que les tiers se renseigneraient du sort de la créance. A-t-il

(1) Huc. Loc. cit. t. II, p. 6.

atteint son but par ce moyen ? Cette mesure de publicité est-elle suffisante à l'égard des tiers ? C'est fort contestable. Nous n'entrerons pas dans ce débat. Quoiqu'il en soit, par le fait de la signification, l'indemnité est légalement et définitivement sortie du patrimoine de l'assuré à l'égard de tous ; l'assuré n'a plus aucun droit sur cette indemnité et une cession postérieure ne pourrait plus être par lui consentie.

D'autre part, en ayant pour résultat d'empêcher la compagnie d'assurance de payer l'indemnité en d'autres mains qu'en celles du cessionnaire, elle a le même effet qu'aurait une opposition faite entre ses mains. Mais ce n'est pas à dire qu'une opposition ou saisie-arrêt vaudrait signification, car l'article 1690 est formel et aucune autre formalité ne peut remplacer celles qu'elle édicte (1). D'ailleurs, ainsi que nous l'avons déjà dit, la saisie-arrêt n'a pas pour effet de rendre le saisissant exclusivement attributaire de l'indemnité. La créance saisie-arrêtée reste la propriété du saisi et doit être partagée entre tous les créanciers qui ont fait valoir leurs droits sur elle, dans la mesure et dans l'ordre de ces droits. La signification qui rend parfaite la cession est un mode de transmission de la créance, tandis que la saisie n'est qu'un mode d'exécution.

(1) Paris 28 février 1825. Rep. V^o Vente n^o 1745.
Duvergier, t. II, n^o 185.

On dit : la signification vaut opposition. Cela veut dire qu'une signification, même tardive, aura le même effet qu'une saisie-arrêt, en empêchant le débiteur de payer en d'autres mains qu'en celles du cessionnaire qui a signifié. En effet, le cessionnaire est créancier du cédant; il est créancier en vertu même de la cession qui lui donne contre son vendeur une action en garantie. Ce n'est donc pas comme cessionnaire qu'il fera, dans ce cas signifier, mais comme créancier. A l'égard des autres créanciers saisissants, il sera considéré comme créancier du cédant et non comme propriétaire.

On a essayé (1) de contester ce résultat en disant : Si le cessionnaire est créancier, c'est en vertu de sa cession, or la cession n'existe pas tant qu'il n'y a pas eu de signification, donc il ne peut être créancier et réclamer les droits que lui donnerait ce titre de créancier. On peut répondre à cette objection que si la cession n'existe pas, c'est à l'égard des tiers seulement; mais à l'égard du cédant, elle existe, dès le jour du consentement des parties et, dès ce jour, elle a eu pour effet de rendre le cessionnaire créancier du cédant. Ce droit de créance, il peut l'invoquer contre tous. Ce n'est pas comme cessionnaire qu'il se présentera à la distribution, mais comme créancier (2).

(1) Cuny, des Tiers. Thèse, p.171 ;

Villequez. Revue historique, t. VIII, 1862, p. 491.

(2) Laurent. t. XXIV, n° 525 ; Aubry et Rau, t. IV, § 359 bis, note 41.

Colmet de Santerre, t. VIII, n° 137 bis IX ; Toulouse 26 août 1863. D. P. 64, 2, 5.

§ 3. — Par qui elle doit être faite.

La signification peut être faite indifféremment à la requête du cédant ou du cessionnaire (1691) ; mais elle se fera habituellement par celui qui a le plus d'intérêt à ce qu'elle ait lieu, c'est-à-dire par le cessionnaire (1).

Faudra-t-il signifier l'acte entier qui contient le transport ou la signification d'un simple extrait de cet acte suffira-t-elle ?

La coutume de Paris exigeait qu'il fut baillé copie du transport ; mais cette disposition n'existe plus ; il suffit donc de signifier au débiteur ce qu'il a intérêt à connaître, c'est-à-dire le fait de la transmission de la créance. Il eut peut-être mieux valu conserver cette ancienne règle dans notre droit et spécialement en matière de cession d'indemnité d'assurance. D'ailleurs elle subsiste en fait ; car il est d'usage de transcrire littéralement, pour la signification, la clause relative à la cession et cela est préférable pour le débiteur cédé qui a intérêt à connaître, non seulement le fait de la transmission de la créance et les conditions principales de cette transmission, mais encore les termes mêmes de l'acte de cession ; on ne peut, en effet, lui refuser le droit de les examiner et de les commenter. Quoiqu'il en soit, si cet usage est jus-

(1) Huc. loc. cit. II, n° 330.

tifié, on ne peut l'exiger ; la doctrine moderne et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (1).

§ 4. — Où et à qui elle doit être faite.

La loi ne dit pas où devra être faite la signification. Il faut donc s'en rapporter aux principes généraux du droit commun. Ces principes sont posés dans l'article 560 du code de procédure civile, d'après lequel, la saisie-arrêt ou opposition doit être faite à personne ou à domicile. « C'est là une règle générale », dit M. Huc (2), « qui ne comporte dans l'application ni exception ni équipollent » (3).

Il est nécessaire, en effet, que le débiteur qui est ici la compagnie d'assurance, ait une connaissance certaine, personnelle, du transport de l'indemnité ; que, par conséquent, la signification lui soit faite effectivement, d'une façon réelle et que le but de cette signification, qui est de porter le fait de la cession à la connaissance des tiers, soit

(1) Laurent, loc. cit. t. 24 n° 485 et note 2 ; Aubry et Rau, loc. cit. t. 4 § 395 bis : auteurs et arrêts cités, notes 6, 7 et 8 ; Dalloz. Rep. V° vente, n° 1756 et suiv.

Troplong n° 902. — Duvergier n° 183. — Huc, loc. cit. II, p. 6. Orléans, 26 février 1813. Rolland de Villargues. Rep. V° transport de créances, n° 68.

Bruxelles 18 novembre 1845. — Pansicrisis 1848. 2. 218. — Cass. 19 juin 1889. Gaz. Pal. 80, p. 82.

Contrà. Bordeaux, 13 juillet 1848. D. P. 49. 2. 248.

(2) Loc. cit. II, p. 9.

Cass, 4 mai 1874 ; S. 75, 1. 69.

(3) Laurent, loc., cit., t. XXIV, n° 484.

atteint. « La raison en est », dit Troplong (1), « que la signification du transport vaut saisie, selon l'expression des praticiens ; qu'elle a même quelque chose de plus grave que les actes d'exécution, puisqu'elle attribue une possession légitime de l'objet cédé ; qu'ainsi un motif irrésistible d'identité force à appliquer l'article 560 du code de procédure civile qui a redoublé de précautions, afin que le débiteur, ayant une connaissance positive et personnelle de la signification, ne fasse aucun paiement au préjudice des créanciers » (2).

On devra donc, conformément à la loi, faire la signification au domicile réel de la compagnie d'assurances, c'est-à-dire à son siège social et en la personne de son directeur qui seul la représente. Alors même qu'un domicile élu serait indiqué dans la police signée par l'assuré et la compagnie, le créancier cessionnaire de l'assuré ne pourrait se prévaloir de ce domicile élu, pour y faire une signification valable. L'élection de domicile, en effet, comme toutes les clauses insérées dans la police, ne peut avoir d'effet [qu'entre les parties contractantes qui l'ont signée. Le tiers cessionnaire de l'indemnité ne peut invoquer ces clauses, qu'après la signification, qui seule le rend vérita-

(1) Loc. cit., n° 902.

(2) Cf. Laurent, t. XXIV, n° 484. — Duvergier II. n° 185. Aubry et Rau, t. IV. § 359 bis, p. 428. — Huc II, p. 9 et 10. Paris 28 février 1825. D. R. v° vente n° 1745. *Contrà*, Nancy, 17 novembre 1872, B. de M. 2. 167.

blement cessionnaire aux yeux de tous. L'esprit de la loi, à cet égard, ne laisse aucun doute et les auteurs sont généralement d'accord pour déclarer que la signification faite au domicile élu est insuffisante (1).

Si elle ne peut être faite à un autre domicile qu'à celui du siège social, la signification ne peut, d'autre part, être faite à d'autres personnes qu'à celle du directeur de la compagnie qui seul la représente légalement. Les agents généraux et spéciaux établis dans les différentes villes ne représentent pas la compagnie dans le sens légal du mot : ils ne sont que des intermédiaires qui même n'ont pas toujours le droit de signer les contrats d'assurance et, à plus forte raison, d'agir pour la société, au point de vue judiciaire ou extra-judiciaire. Leur domicile n'est nullement une succursale de la compagnie, mais un simple bureau où se préparent les affaires intéressant la société dont ils sont les employés et où les parties viennent chercher plus aisément les renseignements dont elles ont besoin (2).

L'opinion contraire a cependant été soutenue.

Raisonnant par analogie, on a invoqué la jurisprudence de la cour de cassation et la doctrine des auteurs qui décident qu'une *assignation* peut être valablement adressée à un chef de gare du chemin de fer, aussi bien qu'au siège social de la

(1) *Contrà.* Demolombe. I, n° 138.

(2) Huc, II. p. 13.

compagnie (1) et, plus spécialement, que celui qui a contracté avec l'agent particulier d'une compagnie d'assurance, établi dans un lieu autre que celui où cette compagnie a son siège principal, peut intenter son action devant le tribunal du domicile de cet agent et n'est pas tenu de la porter devant le tribunal du ressort où la société est établie (2).

Mais il faut se garder d'appliquer à la *signification* les mêmes règles, qu'à l'*assignation*. Les deux actes ont des buts et des effets différents.

Sans doute on peut, comme l'a fait avec raison la jurisprudence, en matière d'assignation et, par exception aux principes généraux, invoquer les dispositions des articles 59 et 69 du code de procédure civile ; on peut, en étendant la règle édictée par l'article 102 du code civil, dire que la compagnie peut être assignée au lieu où elle est établie et considérer comme tel celui où les parties ont contracté l'assurance, où la compagnie a une succursale importante, où se traitent ses affaires dans un ressort déterminé, et où aussi, bien souvent, il y a eu élection de domicile ; car il est parfaitement permis d'admettre que, dans ces circons-

(1) Palaa. Diction. des chemins de fer, 2^e édit. V^o assignation.

Demolombe. I, n^o 138.

Dutruc sur Devilleneuve et Massé. Dict. du contentieux commercial, 6^e édition, v. chemin de fer, n^o 122 et suiv.

(2) Cass. 30 décembre 1846. B. de M. I. p. 37 et arrêts cités en note. — Cass. 20 mai 1873. B. de M. I, p. 145 et arrêts cités en note.

tances, la compagnie a considéré elle-même, pour ses affaires, cette agence, cette succursale, comme un vrai siège social et, s'il n'y a pas eu élection de domicile expresse dans la police, les juges pourront même induire de ces circonstances que cette élection de domicile est tacite, résulte des faits, de la façon dont le contrat est intervenu entre l'assuré et la compagnie, et valider ou annuler par conséquent l'assignation donnée à une autre personne qu'au directeur lui-même de la compagnie ou à un autre domicile qu'à celui du siège social (1). Ceci est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux qui pourront même invoquer l'article 420 du code de procédure civile permettant au demandeur, en matière commerciale, d'assigner devant le tribunal dans le ressort duquel la promesse a été faite, ou dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué (2).

Mais l'assignation n'a pas pour but, comme la si-

(1) C'est en effet toujours l'idée qui domine dans les nombreuses décisions rendues sur ce point par la cour de cassation : « Si le défendeur doit être assigné devant le siège du lieu où la société est établie, dit l'arrêt du 30 décembre 1846, il est vraie dire que, lorsqu'ils s'agit de compagnies d'assurances qui ont des succursales où elles se sont représentées par des agents spéciaux, alors, pour les assurés et à l'égard des tiers qui traitent avec ces compagnies, par l'intermédiaire de ces agents, le siège de la société est réellement au lieu où le traité a été passé et où doivent être payées les primes.

(2) Angers, 21 janvier 1857. (S. 1857. 2. 252).

gnification, de porter un fait à la connaissance des tiers. Elle n'a pas l'importance et la gravité de la signification qui est, par elle-même, une prise de possession de la créance, une espèce de main-mise sur le débiteur qu'elle lie irrévocablement au cessionnaire. « Dans le cas de cession de créance », dit Laurent (1), « comme au cas de saisie, on veut empêcher le débiteur de payer à son créancier ; il faut donc lui donner une connaissance personnelle du fait qui l'empêche de payer ».

Concluons donc, avec M. Ruben de Couder (2), que « le transport fait par un emprunteur au profit du prêteur de l'indemnité qui pourra lui être due en cas d'incendie, par la compagnie qui a assuré les immeubles hypothéqués, doit être nécessairement notifié au siège même de la compagnie d'assurance et ne peut l'être valablement au bureau de l'agent local qui la représente ». Toute notification faite ailleurs est nulle et rend par conséquent la cession inefficace à l'encontre des tiers.

Il y aurait d'ailleurs de graves inconvénients à admettre l'opinion contraire. On mettrait le tiers dans l'impossibilité de se renseigner d'une façon certaine sur le transport-cession ; or, la signification ayant précisément été édictée par la loi dans ce but, on en arriverait à une flagrante contradiction.

(1) Loc., cit., T. XXIV, n° 484.

(2) Diction. du droit commercial, V° ass. terr. n° 390 bis.

D'autre part, si on admet que la signification peut être faite ailleurs qu'au siège même de la compagnie, sa validité reste subordonnée, comme nous avons vu que l'est celle de l'assignation, à la question quelquefois délicate de savoir, si l'agence qui a reçu cette signification a, ou non, l'importance d'une succursale équivalant au siège social, question laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux; il serait toujours excessivement dangereux et imprudent, de la part du créancier cessionnaire, de ne pas user de la voie la plus sûre, qui est celle de la signification directe à la compagnie même. N'est-ce pas là le cas de dire : *Melius est intacta jura servare, quam post vulneratam causam, remedium quærere?*

§ 5. — Sa date.

Enfin, il importe que la signification soit datée. La date est une condition essentielle de la validité de la signification. D'autre part, avant la loi de 1889, la date avait cette autre importance considérable, c'est qu'elle déterminait l'ordre dans lequel l'indemnité devait être attribuée aux différents créanciers cessionnaires. Le premier en date primait tous les autres. On comprend donc qu'alors, l'heure même de la signification était utilement indiquée dans le cas où deux significations étaient faites le même jour. L'indication de

la date exacte était le seul moyen de preuve que les créanciers avaient à leur disposition pour faire admettre leur préférence, puisqu'en cette matière, la preuve testimoniale n'est pas admise (1341, cod. civ.).

Section III. — Acceptation par acte authentique

Le cessionnaire peut être également saisi, d'après l'article 1690, par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

« L'acceptation tient donc lieu de signification, laquelle est un acte authentique », dit Laurent (1). « Dans le système du code, il faut donc un acte authentique pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers. La raison en est que le législateur veut donner de la certitude et de la stabilité aux conventions translatives de droits mobiliers ou immobiliers ».

Contenu dans un acte sous seing privé, alors même que cet acte aurait acquis date certaine par l'enregistrement, l'acceptation n'opère pas la saisie de l'assureur à l'égard des tiers. — En pratique, elle se fait généralement dans l'acte même de cession éventuelle consentie au moment du prêt ; elle est une des clauses de ce contrat de prêt, et « prouve ainsi d'une façon plus irréfutable encore

(1) Loc. cit. t. XXIV, n° 486.

la connaissance de la cession par le cédé, puisque celui-ci, qui joue un rôle passif dans la signification, joue un rôle actif dans l'acceptation (1) ».

L'acceptation doit être faite par la compagnie d'assurance, c'est-à-dire par celui qui la représente légalement ; elle ne pourrait être faite par un de ses agents qu'autant qu'il aurait un pouvoir spécial à cet effet (2).

C'est à l'égard des tiers, c'est-à-dire à l'égard de toute personne non partie à l'acte de cession et qui pourrait avoir un intérêt à contester l'acceptation, que l'authenticité est exigée (3).

Cette nécessité de l'authenticité à l'égard des tiers n'exclut pas l'application des principes généraux d'après lesquels le consentement seul suffit pour lier les parties entre elles. Donc, un simple acte sous seing privé, ou même, une acceptation purement verbale, — l'écrit ne servant que de preuve (4), — suffirait, à notre avis, pour lier la compagnie d'assurance envers le créancier cessionnaire (5). Mais si un autre créancier de l'assuré obtient à

(1) Colmet de Santerre, loc. cit., t. VII, n° 136 bis III.

(2) Colmar 30 novembre 1852. B. de M., 2. p. 142.

(3) Aubry et Rau, t. IV. p. 428, note 10. Jurisprud. et arrêts cités. — *Suprà*, p. 33.

(4) Laurent, loc. cit. t. XXIV, n° 487.

(5) Cass. Rej. 31 janvier 1821. D. R. V^o Vente, n° 1777. Il a été jugé que le débiteur, en acceptant la cession, s'était obligé personnellement envers le cessionnaire et qu'il devait payer celui-ci, malgré la signification d'un transport.

Class. Rej., 1^{er} décembre 1856. D. 56. I. 439 ; Bruxelles 12 juillet 1854. Pansi. 56, 2, 293.

son tour une cession de l'indemnité éventuelle et la signifie régulièrement à la compagnie, le sinistre arrivant, celle-ci ne pourra exciper de son acceptation pour refuser de payer le créancier qui lui a signifié son transport. D'autre part, se trouvant personnellement obligée envers le premier cessionnaire par son acceptation quoiqu'irrégulière, elle ne pourra non plus refuser à celui-ci le paiement de l'indemnité (1).

**Section IV. — Défaut de signification, ou
d'acceptation.**

La connaissance que la compagnie d'assurance aurait indirectement acquise de la cession n'équivaudrait-elle pas, à elle seule, à signification ou acceptation, et ne l'empêcherait-elle pas nécessairement d'exciper du défaut d'accomplissement de ces formalités ?

Nous ne le pensons pas ; car les formalités édictées par l'article 1690 le sont précisément, pour protéger les droits des tiers qui sont ici la compagnie d'assurance et les créanciers autres que le cessionnaire. Or, il est de principe que ces sortes de formalités sont d'intérêt général et n'admettent pas d'équipollent (2). D'ailleurs, la loi l'a décidé elle-même ainsi, pour une autre mesure égale-

(1) Aubry et Rau, t. IV, 428, note 12 et 13.

(2) Laurent. loc. cit. t. XXIV, n° 488.

ment exigée par elle dans l'intérêt des tiers, pour la transcription (art 1021) et on peut, par analogie, étendre cette disposition au cas qui nous occupe.

Mais si ces formalités sont édictées au profit de l'assureur et des créanciers autres que le cessionnaire, pour les protéger contre la fraude, il serait d'autre part absolument inconséquent de leur permettre d'invoquer l'absence de ces formalités, pour couvrir leur propre fraude et attribuer par suite un effet quelconque à leur mauvaise foi. Ainsi un créancier, qui sait que l'assuré a déjà cédé son indemnité éventuelle, que cette cession n'a pas été signifiée à la compagnie, ni acceptée par elle et qui, s'étant fait transporter postérieurement cette indemnité éventuelle, s'est empressé de remplir les formalités exigées par l'article 1690, serait mal venu à invoquer le défaut de signification ou d'acceptation contre le premier cessionnaire ; car il est évidemment de mauvaise foi à l'égard de celui. C'est le cas d'appliquer la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*.

La cour de cassation l'a d'ailleurs jugé ainsi, mais en basant sa décision sur d'autres motifs. Elle a dit (1) : « Le cessionnaire qui, au moment de la cession, savait ou devait savoir qu'il existait une précédente cession non signifiée de la même créance, est au moins coupable d'imprudence ;

(1) Cass. Rej. 4 janvier. 1848. D. P. 1848. 1. 60. — Un arrêt a cependant été rendu en sens contraire. Paris décembre 1843. D. Rep. V^o Vente 1777.

il porte, par sa faute, préjudice au premier créancier ; par suite, celui-ci peut lui être préféré, à titre de dommages-intérêts. »

Se basant probablement sur cette décision, MM. Aubry et Rau (1) ont émis l'opinion que le second cessionnaire ne peut se prévaloir du défaut de signification ou d'acceptation authentique, non seulement dans le cas où il serait de mauvaise foi, mais aussi s'il est coupable d'imprudence grave, car il devait savoir qu'il existait une précédente cession.

Avec Laurent (2), nous pensons que ces motifs invoqués par la cour de cassation ne sont pas les vrais, et que MM. Aubry et Rau vont trop loin : « car il ne suffit pas qu'un second cessionnaire ait pu ou dû connaître la première cession, il faut qu'il en ait eu une connaissance aussi certaine que s'il y avait eu signification ou acceptation ; une simple imprudence ne suffirait point, car l'imprudence ne constitue pas le cessionnaire de mauvaise foi et, sous prétexte de dommages-intérêts, on ne peut échapper à l'article 1690 ».

La compagnie d'assurance ne pourrait davantage exciper du défaut de signification ou d'acceptation régulière, pour payer l'indemnité éventuelle à un second cessionnaire au détriment du premier, si, d'ailleurs, elle a connu d'une façon certaine la première cession, et cela pour la même raison que

(1) Loc. cit., t. IV, n° 359 bis, note 13.

(2) Loc. cit., t. XXIV, n° 489, et auteurs cités.

précédemment, c'est-à-dire que si la loi édicte une formalité dans l'intérêt de l'assureur, elle n'entend pas le couvrir de sa protection s'il veut s'en prévaloir pour faire fraude à un cessionnaire (1).

On a cependant prétendu que le débiteur cédé, la compagnie en l'espèce, ne pouvait refuser le paiement, que l'article 1691 valide le paiement qu'il ferait nonobstant une cession ni signifiée ni acceptée (2), que même, la compagnie ayant eu connaissance d'une cession, si celle-ci ne lui est pas signifiée ou n'a pas été acceptée, paierait valablement l'indemnité, soit à l'assuré, soit à un cessionnaire postérieur qui aurait rempli les formalités de l'article 1690 (3).

La jurisprudence est incertaine sur ce point et a tranché la question dans différents sens, mais, à notre avis, elle a suivi la véritable voie lorsqu'elle a dit (4) : « Il est de principe que le cessionnaire d'une créance peut être considéré comme saisi à l'égard du cédé qui a eu connaissance du transport d'une manière quelconque et qui a voulu frauduleusement en paralyser l'effet. »

(1) Laurent, loc. cit., n° 489.

(2) Duvergier II, p. 239, n° 208. — Troplong, loc. cit., p. 452, n° 899.

(3) Mourlon, t. III, p. 274, n° 684.

Colmet de Santerre, t. VII, p. 183, n° 136 bis V. .

(4) Cass. 17 février 1874. D. P. 74, 1, 281.

Laurent, loc. cit., t. XXIV, n° 490.

Section V. — Effets de la signification ou de l'acceptation régulière. — Délai.

Les effets de la signification et de l'acceptation régulièrement faites sont, avons-nous dit, de rendre parfaite la cession à l'égard de tous et, par conséquent, de donner au cessionnaire le droit d'invoquer la cession contre tous, d'empêcher que le débiteur cédé paie l'indemnité à d'autres qu'à lui.

Mais là se bornent les droits des créanciers cessionnaires.

Le contrat d'assurance subsiste entre les mêmes parties et les obligations qu'il a créées, à la charge de chacune d'elles, n'ont pas changé par suite de la cession de l'indemnité. Les deux conventions, celle de cession et celle d'assurance, sont absolument indépendantes l'une de l'autre, et n'ont aucune influence l'une sur l'autre. Par conséquent, le règlement de l'indemnité se fera toujours entre l'assureur et l'assuré; le créancier cessionnaire de l'indemnité, malgré l'incontestable intérêt qu'il peut avoir à ce que l'indemnité ne soit pas réglée en dehors de lui, n'est pas appelé à prendre part à cette opération. L'assureur et l'assuré restent même libres de transiger sur le chiffre de l'indemnité indépendamment de lui. Ce n'est, en effet, que l'indemnité éventuelle qui lui a été cédée, l'indemnité telle qu'elle sera fixée après le sinistre. Bien entendu, tout cela reste subordonné à la bonne foi, et n'exempte ni l'assuré, ni l'assureur des

conséquences de la fraude qu'ils pourraient commettre dans la fixation de cette indemnité, au détriment du ou des cessionnaires.

Il y a cependant un cas où il peut en être différemment; c'est celui où l'assureur a expressément accepté la cession de l'indemnité, de telle sorte qu'il est devenu partie au contrat de cession. Ne peut-on pas dire que, par ce fait, il s'est rendu directement débiteur de l'indemnité envers le cessionnaire, qu'il s'est obligé envers lui, et que celui-ci, dès lors créancier direct de l'assureur, peut, lorsque le sinistre arrive, lui demander compte de l'indemnité sans passer par l'intermédiaire de l'assuré son cédant et exiger que le règlement se fasse en sa présence et avec son concours? Une décision de jurisprudence a tranché la question dans le sens de l'affirmative et avec raison, selon nous (1).

Mais encore dans ce cas, le contrat d'assurance subsiste et, par conséquent, l'assuré sera toujours soumis aux mêmes obligations que le contrat d'assurance lui impose. C'est comme créancier que l'assureur a accepté le cessionnaire, mais non comme assuré; cela est évident.

En empêchant la compagnie d'assurance de payer désormais l'indemnité en d'autres mains qu'en celles du cessionnaire, la signification et l'acceptation régulièrement faites ont le même effet qu'une saisie-arrêt pratiquée entre les mains de

(1) Colmar 30 nov. 1852. B. de M., 2, p. 142.

l'assureur. Une saisie antérieure en date primerait, par conséquent, une cession signifiée ou acceptée postérieure, et le cessionnaire, s'il veut être payé en première ligne, devra nécessairement obtenir mainlevée de cette saisie. La différence qu'il y a entre la cession et la saisie, c'est que celle-ci ne donne aucun droit de préférence au premier saisissant, à l'égard des autres saisissants postérieurs : ils viennent tous au marc le franc sur l'indemnité ; tandis que la cession, première en date, donne à celui à qui elle a été consentie la préférence sur tous les autres cessionnaires postérieurs, puisqu'elle le rend propriétaire.

La saisie-arrêt qui frappe une indemnité d'assurance n'en empêche pas le transport au profit d'un créancier ; mais ce transport ne peut être signifié avec une complète efficacité au préjudice du saisissant. A l'égard de celui-ci, la signification ne peut avoir que les effets d'une opposition (1).

La signification de la cession ou son acceptation par acte authentique saisit le cessionnaire vis-à-vis des tiers ; mais à quel moment, s'il s'agit de la cession d'une créance conditionnelle ? Est-ce au moment de la signification ou de l'acceptation ou est-ce au moment de l'accomplissement de la condition ?

La question s'est posée et l'on a décidé (2) qu'il

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 430.

(2) Orléans 1^{er} mars 1873. S. 73, 2, 300.

Cass. 26 mai 1886. Journ. Le Droit, 28 mai, 1886.

fallait attendre, pour que les tiers soient saisis, le moment de l'accomplissement de la condition. En appliquant cette disposition à la cession de l'indemnité d'assurance, on pourrait conclure que le cessionnaire de l'indemnité ne devient véritablement cessionnaire à l'égard des tiers qu'après l'arrivée du sinistre; ce serait commettre là une grande erreur. Nous savons que, d'après les principes généraux du droit, la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179). Cet effet rétroactif doit se produire d'une façon générale; la cession ne peut avoir pour conséquence de le modifier ou de l'annuler. Le cessionnaire qui prend la place du cédant verra donc la condition, une fois accomplie, rétroagir dans ses effets à son profit (1).

Aucun délai n'est fixé par l'article 1690 pour opérer la signification; elle peut donc être faite en tout temps; mais ses effets peuvent différer suivant le moment où elle aura été faite. Dans l'intervalle de la cession à la signification, il peut se produire des événements qui empêcheront ses effets utiles ou du moins les restreindront. Ainsi, par exemple, une nouvelle cession peut avoir été faite et signifiée régulièrement avant la première; que deviendra celle-ci? Sans doute, elle sera toujours valable entre le cédant et le cessionnaire, mais à l'égard des tiers, elle sera primée par l'effet d'une signification antérieure.

(1) Huc. loc. cit., II, p. 16.

La mort du cédant n'a aucune influence sur la signification, car le cédant n'est pas un tiers ; la signification n'est pas exigée dans son intérêt et, par suite du seul effet de la cession, l'indemnité est sortie irrévocablement de son patrimoine.

Mais que décider dans le cas de faillite du cédant ?

Il est tout d'abord certain qu'une cession d'indemnité ne peut être reconnue valable si elle est faite après le jugement déclaratif de faillite ou pendant la période suspecte, c'est-à-dire à partir du dixième jour antérieur à celui où le jugement reportant la faillite a fixé la cessation des paiements (art. 441 et 446 c. com.). Mais si la cession a été faite à une époque où elle pouvait encore l'être, la signification qui doit la rendre utile à l'égard des tiers pourra-t-elle encore être faite efficacement, et jusqu'à quel moment ?

La première question à examiner est celle de savoir si cette signification est nécessaire vis-à-vis de la faillite. On pourrait en douter en disant que puisqu'elle n'est pas exigée vis-à-vis de l'assuré cédant, — celui-ci n'étant pas considéré comme un tiers auquel s'applique l'article 1690, — elle ne doit pas l'être non plus à l'égard du syndic qui le représente. Ce serait vrai si le syndic ne représentait que l'assuré, mais il représente aussi la masse des créanciers, or, pour ces créanciers qui sont des tiers, la signification est nécessaire si l'on veut donner à la cession un effet utile.

Si elle est nécessaire, à quel moment devra-t-elle être faite? Pourra-t-elle l'être encore jusqu'au moment déclaratif de faillite, ou ne pourrait-elle plus l'être dès le jour fixé comme étant celui de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents. (446 cod. com.)?

D'après l'article 448 du code de commerce « les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. Néanmoins, les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription ». Nous ne pensons pas qu'on doive appliquer, par analogie, cet article à la signification d'une cession de créance et, en particulier, d'une cession d'indemnité d'assurance. A partir du jour où la faillite a été déclarée, ou à partir du jour où un jugement a fait reporter l'époque de la cessation des paiements et dans les dix jours précédents, il s'est opéré une véritable saisine au profit de la masse des créanciers sur tous les biens du débiteur (443 c. com.). Cette saisine met obstacle à toute poursuite individuelle et sauvegarde, pour l'avenir, les intérêts des créanciers qui ne peuvent plus être compromis par un acte quelconque ayant pour objet de faire sortir du patrimoine du failli un bien compris désormais dans la masse

commune. La signification de la cession étant précisément un acte qui a cet objet vis-à-vis des tiers,— et les créanciers sont ici des tiers (1),— ne pourra donc plus être faite, une fois cette saisine réalisée.

Il faut en conséquence décider avec M. Huc (2) que « si une cession avait été faite, même de bonne foi, avant l'époque à laquelle l'ouverture de la faillite a été reportée, la signification en serait tardivement faite dans l'intervalle de la déclaration de la faillite au jugement de report de son ouverture, et elle ne pourrait dès lors produire son effet, à l'encontre des créanciers du failli. »

On a cependant jugé le contraire (3) ; « comme il a aussi été jugé par la cour de cassation, en conformité d'une jurisprudence antérieure solidement établie, que le transport, d'ailleurs consenti en temps utile, n'avait pas besoin d'être signifié au débiteur cédé avant les dix jours ayant précédé la cessation de paiements ; qu'il suffisait que cette formalité eût été remplie avant le jugement déclaratif de faillite (4). On a fait remarquer à l'appui de cette décision » que le failli n'est dessaisi de l'administration de ses biens que par le jugement qui

(1) Lyon, 13 décembre 1888. Mon. Lyon 1889.

(2) Loc. cit., II, p. 20.

(3) Paris, 18 mai 1850, (D. P. 50. 2. 176).

(4) Cass. 5 janv. 1876. (S. 76. I. 157 et note 3).

déclare la faillite » (1) et on a invoqué par analogie l'article 448 du Code de commerce ; mais ces motifs ne peuvent, à notre avis, prévaloir contre ceux que nous avons donnés, pour justifier la décision contraire (2).

(1) Huc. Loc. cit. II, n° 337,

(2) V° Faillites, n° 615, et s., les nombreux arrêts rendus sur la question et les autorités citées.

CHAPITRE III

INCONVÉNIENTS DU TRANSPORT-CSSION. — SON
INSUFFISANCE POUR GARANTIR LE CRÉANCIER
HYPOTHÉCAIRE OU PRIVILÉGIÉ.

Section 1^{re} — Un créancier chirographaire peut primer les hypothécaires ou privilégiés.

Le sinistre prévu arrivant, et les hypothèques et privilèges ne survivant pas à la chose détruite sur l'indemnité qui la remplace dans le patrimoine du sinistré, ce n'était plus, avant la loi de 1889, d'après l'ordre des inscriptions et le rang des privilèges que les créanciers étaient payés, mais d'après la date des significations de leur cession. Une conséquence de cet état de choses était qu'un simple créancier chirographaire pouvait venir primer des créanciers privilégiés ou hypothécaires et se faire attribuer, de préférence à eux, l'indemnité due par la compagnie. On conçoit, en effet, que les créanciers privilégiés ou hypothécaires aient pu négliger de se faire céder le bénéfice éventuel de l'assurance dans le contrat de prêt qu'ils se sont fait souscrire, tandis qu'au contraire, un créancier simplement chirographaire obtenait cette cession de son débiteur et la signifiait à la compagnie. Il faut reconnaître néan-

moins, qu'en fait, il sera très rare que l'emprunteur consente un transport de l'indemnité, avant même d'avoir hypothèque, cependant cette hypothèse peut parfaitement se présenter.

Section 2^{me}. — Les hypothèques légales et les privilèges dispensés d'inscription sont sacrifiés.

D'autre part, les hypothèques légales et les privilèges dispensés d'inscription qui ont cependant, et à juste titre, toutes les faveurs de la loi sont, avec le système de cession pour garantie, absolument sacrifiés. Sous ce rapport, la nouvelle loi n'a pas, comme nous le verrons, amélioré leur sort et c'est un des graves reproches que nous aurons à lui faire.

Section 3^{me}. — Événements indépendants de la volonté du créancier venant détruire les effets du transport.

§ 1^{er}. — Défaut du publicité du transport-cession.

Le créancier qui s'est fait céder le droit à l'indemnité éventuelle, qui a rempli toutes les formalités nécessaires, qui se croit donc complètement à l'abri de tous risques, est loin de l'être cependant. Plusieurs événements, absolument indépendants

de sa volonté, peuvent venir détruire l'effet des précautions prises, et rendre le transport totalement illusoire.

Et d'abord comment saura-t-il qu'il est le premier en date, que des cessions n'ont déjà pas été consenties par l'assuré, son débiteur, à d'autres créanciers ? Qui lui dit que des saisies-arêts, des oppositions n'ont déjà pas été faites sur l'indemnité, entre les mains de la compagnie ?

Aucun mode de publicité n'existe pour les significations ; la compagnie qui les reçoit peut, il est vrai, les inscrire sur un registre à ce destiné ; mais outre que rien ne l'oblige à le tenir, ce registre n'est pas public, la compagnie peut refuser de le communiquer. Et non seulement elle peut refuser de le communiquer amiablement, mais elle peut même refuser de répondre à la sommation de l'huissier qui, en signifiant la cession de l'indemnité faite par l'assuré au profit du créancier, l'interpellerait afin qu'elle dise si elle a reçu déjà une opposition ou une signification de transport ; même s'il déclarait que faute de répondre dans un délai déterminé, le transport ou l'opposition signifié serait considéré comme unique. En vain opposerait-on les articles 1382 et 1383 du code civil ; ils n'ont aucune force dans l'espèce, car ils sont contredits par les articles 570, 571 et 573 du code de procédure civile, qui décident que le tiers saisi, la compagnie dans l'espèce, n'est tenu de faire aucune déclaration avant qu'on ne l'ait assigné en

déclaration affirmative, et que c'est seulement après cette assignation, qu'il aura à déclarer les saisies-arrêts ou les oppositions qui auront été formées entre ses mains.

Du défaut de publicité naîtront forcément des difficultés que les tribunaux seuls pourront trancher ; car la compagnie en présence de transports ou d'opposition se gardera bien de payer, de crainte d'être obligée de payer deux fois. Elle évitera de se faire juge des difficultés s'élevant entre les créanciers qui prétendront avoir des droits sur l'indemnité ; entre les créanciers hypothécaires ou privilégiés qui chercheront à ébranler le transport par tous les moyens que pourront fournir les vices inhérents au fond ou à la forme.

§ 2. — Du fait de l'assureur.

D'autres dangers beaucoup plus sérieux encore menacent les créanciers cessionnaires.

« D'une part la police d'assurance leur est étrangère ; ils ne peuvent ni invoquer, ni récuser en leur nom personnel aucune de ses clauses ; comme représentant leur débiteur, ils ne sauraient avoir plus de droit que lui ; ils doivent donc, comme lui, supporter l'option que l'assureur s'est réservée, et ce raisonnement s'applique à toute espèce de créanciers, hypothécaires comme chirographaires. D'une autre part, les oppositions ne donnent aux créanciers opposants que le droit de recevoir les

sommes qui seront payées à leur débiteur, mais non celui de changer la quotité ou le mode de paiement stipulé sans fraude, entre ce débiteur et une tierce personne » (1).

De ces principes, conformes aux règles du droit commun et consacrés par la jurisprudence, découlent des conséquences fâcheuses pour les créanciers privilégiés ou hypothécaires cessionnaires de l'indemnité éventuelle.

A. — Transaction avec l'assuré.

L'assureur, en effet, ne connaissant que l'assuré, n'ayant traité qu'avec lui seul, demeure libre de discuter ses droits, comme il l'entend. Il garde donc la faculté entière, si fréquemment appliquée en pratique, de transiger avec l'assuré, et celle qu'il s'est presque toujours réservée, de modifier les clauses et les conditions de la police, de les restreindre ou de les augmenter dans leurs effets et même de résilier le contrat. Et cette faculté ne peut lui être enlevée au moyen d'une convention avec des tiers, comme le serait le transport-cession.

B. -- Reconstruction.

La Compagnie reste également libre de rétablir les choses en nature, en reconstruisant l'immeuble incendié et les créanciers ne pourraient évidemment pas s'opposer à cette reconstruction.

(1) Grün et Joliat, loc. cit., n° 285.

§ 2. — Du fait de l'assuré.

A. — Déchéance du droit à l'indemnité.

L'assuré de son côté peut, par suite de circonstances dont il reste le maître, aussi bien qu'indépendantes de sa volonté, perdre tout droit à l'indemnité, et le faire perdre par là même à ses créanciers cessionnaires.

Il ne faut pas oublier, en effet, que le droit à l'indemnité n'est pas un droit acquis pour l'assuré, mais un droit éventuel ; que, par conséquent, au moment où l'incendie se produit, il peut n'avoir aucun droit à cette indemnité, soit parce que le contrat d'assurance se trouve vicié dès l'origine par une cause de nullité quelconque, soit parce que, depuis sa naissance, des causes de nullité sont venues le frapper.

Si, par exemple, l'assuré a induit la compagnie en erreur sur la nature et l'étendue des risques, sur la spécification des objets assurés, même sans mauvaise foi de sa part, par suite d'omission, volontaire ou involontaire, peu importe d'ailleurs, la convention contient un germe originel de nullité. Il en est de même en cas de fausse déclaration, de réticence, qui diminueraient l'opinion du risque, en changeraient la nature ou le sujet, alors même qu'elles n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré. —

L'article 348 du Code de commerce, qui consacre ces principes en matière d'assurances maritimes, s'applique également aux assurances terrestres et est reproduit dans toutes les polices d'assurance.

En se faisant consentir la cession d'indemnité, le créancier peut s'assurer que les conditions de validité de la police sont bien remplies et que le contrat est valable ; mais il y a de nombreuses autres obligations auxquelles l'assuré est tenu de se conformer fidèlement, sous peine de déchéance, pendant la durée du contrat d'assurance et après l'arrivée du sinistre qui rend le contrat exécutoire.

Ces obligations sont de payer la prime aux échéances indiquées par la police, de déclarer tous changements qui pourraient survenir et qui seraient de nature à modifier les risques et, par là même, l'engagement de l'assureur, de conserver et de surveiller la chose assurée, de ne rien faire qui puisse amener un sinistre, et, à plus forte raison, de ne pas commettre un incendie volontaire. Et enfin, lorsque le sinistre s'est produit, si l'assuré manque à l'obligation où il se trouve de participer au sauvetage des objets assurés, de dénoncer dans un délai fixé par la police le sinistre avec les circonstances qui l'ont accompagné, de faire connaître l'étendue des risques, etc., etc., il peut encore se voir déchu de son droit à l'indemnité.

Dans tous ces cas où des contestations ne manqueront pas de s'élever entre l'assuré et la compagnie au moment du paiement de l'in-

démnité, le créancier, quel qu'il soit, n'a pas le droit d'intervenir. Le contrat d'assurance, en effet, est passé tout à fait en dehors de lui ; la cession de l'indemnité qu'il s'est fait consentir par l'assuré et qu'il a régulièrement signifiée à la compagnie n'a pas pour effet de le rendre partie au contrat.

Son gage, par conséquent, reste aléatoire, subordonné à l'effet d'un contrat passé entre des tiers. Pourra-t-il au moins apporter quelques remèdes à cette situation ? Pourra-t-il par exemple exiger de son débiteur, l'assuré, la justification du paiement des primes ? Mais cette justification ne mettra pas le créancier à l'abri, car un simple retard dans le paiement des primes peut être une cause de déchéance. Il avancera quelquefois la prime, la paiera directement à la compagnie et s'en fera rembourser le montant par le débiteur lors du paiement des intérêts.

Sans doute aussi, le contrat venant à être résilié par le fait de l'assuré débiteur, le créancier qui verrait diminuer ses sûretés pourrait, en vertu de l'article 1188 du code civil, poursuivre son débiteur en paiement, sa créance devenant exigible ; mais l'exigibilité ne remplace pas le gage et le sinistre arrivant, le transport n'en serait pas moins sans objet.

B. — Résiliation et changement de compagnie.

L'assuré peut résilier l'assurance en cours et en contracter une autre avec la même compagnie.

Que deviendra, dans ce cas, le transport-cession de l'indemnité? Tombera-t-il et sera-t-il nécessaire que le créancier s'en fasse consentir un second portant spécialement sur l'indemnité due en vertu du second contrat, ou, au contraire, le transport qui lui aura été primitivement accordé s'appliquera-t-il de plein droit à cette indemnité ?

On pourrait être tenté de décider dans ce sens, en disant que le créancier s'est fait consentir le droit à l'indemnité *éventuelle*, que, par conséquent, c'est au moment du sinistre qu'il faut se placer, et qu'il faut appliquer le transport-cession à l'indemnité à laquelle le débiteur aurait droit en ce moment. On pourrait dire encore que les autres créanciers de l'assuré ne peuvent profiter de la nouvelle assurance et que celle-ci ne peut non plus leur nuire, puisque le transport a été régulièrement signifié et que, dans tous les cas, il ne peut dépendre du débiteur d'anéantir le transport par lui consenti, en résiliant la police en cours et en la remplaçant par une autre, alors que c'est toujours le même immeuble qui est assuré à la même compagnie.

Nous croyons cependant qu'une nouvelle cession est dans ce cas nécessaire. En effet, s'il est vrai que le débiteur, le créancier et le tiers cédé restent les mêmes, il est non moins vrai qu'un des éléments essentiels du contrat d'assurance, l'objet cédé, a changé. L'indemnité promise en vertu du second contrat n'est plus la même ; elle

peut être moindre ou plus forte. Celle qui avait pour cause le premier contrat a disparu et avec elle tous les droits dont elle était l'objet, et, de même qu'il faut une nouvelle assurance pour donner droit à une nouvelle indemnité, de même il faut une seconde cession pour donner un droit aux créanciers sur cette nouvelle indemnité.

S'il en est ainsi dans le cas où l'assuré aurait renouvelé son contrat d'assurance avec la même compagnie, à plus forte raison, doit-on décider de même, lorsqu'il a contracté, après la résiliation de la première police, avec une autre compagnie.

Avant que la police ne soit résiliée, il peut arriver que le prêt, pour la garantie duquel le créancier s'est fait consentir une cession de l'indemnité éventuelle qu'il a signifiée à la compagnie, vienne à expirer, que l'obligation s'éteigne. Avec l'extinction de l'obligation, s'éteindront naturellement aussi les cessions et significations dont cette obligation était l'objet. Il sera nécessaire de faire connaître cette extinction à la compagnie, sans quoi elle se considérera toujours comme saisie et des difficultés s'élèveront, en cas de sinistre, pour le paiement de l'indemnité. Ce fait de l'extinction de l'obligation sera porté à la connaissance de la compagnie par la notification de la quittance contenant désistement de la signification du transport.

On voit, par ce qui vient d'être dit, l'insuffisance que le transport-cession de l'indemnité d'assurance

offre aux créanciers de l'assuré, comme moyen de garantie. Son maintien restant complètement à la merci de l'assuré, il devient absolument illusoire. L'assuré reste libre, à tout instant, d'anéantir le transport par lui consenti à tel créancier, en résiliant la police en cours, et en faisant passer à d'autres le bénéfice d'une nouvelle assurance contractée (1).

Le créancier cessionnaire voulant obvier à ces inconvénients et à ces dangers qui le menacent, pourra-t-il du moins valablement insérer dans l'acte de transport-cession, et faire consentir à l'assuré son débiteur, une clause lui interdisant de résilier ou de modifier la police en cours sans son consentement ? Sans doute et le débiteur sera lié envers lui ; mais quel sera l'effet de cette clause à l'égard de l'assureur ? A notre avis il sera nul, quoique par la signification la compagnie d'assurance ait connu cette interdiction. Celle-ci, en effet, ne peut s'adresser qu'au débiteur et, le créancier n'ayant pas contracté avec la compagnie, ne peut lui imposer aucune obligation. En conséquence, la compagnie reste libre de traiter comme par le passé, de résilier la police en cours et d'en contracter une nouvelle, comme elle le jugera utile à ses intérêts.

(1) « Il est juste cependant de faire remarquer qu'en pareil cas les compagnies ne paient pas l'indemnité du sinistre, sans justification du désistement de la signification du transport consenti en vertu de la police originaire ». (Houpin, Journ. des not., 1872. n° 22,446).

§ 3. — Du fait du changement de propriétaire
de l'immeuble assuré.

En cas de vente de l'immeuble assuré, soit que cette vente ait été faite avec l'obligation imposée à l'acquéreur de continuer l'assurance, soit qu'elle ait été faite sans cette obligation, les transports-cessions consentis par le vendeur tombent, comme étant désormais sans objet.

Cet effet n'est pas particulier à la vente, mais s'applique à toute espèce de mutation de propriété.

Le débiteur, en effet, a cédé à son créancier l'indemnité qu'il devait toucher en cas de sinistre; or, il ne devait toucher cette indemnité qu'autant, qu'à ce moment, il aurait été encore propriétaire; ne l'étant plus, il n'a plus aucun droit à l'indemnité et son créancier qui ne peut avoir plus de droit que lui voit forcément le bénéfice de l'assurance lui échapper (1).

Mais le transport-cession aura-t-il effet sur l'acquéreur ou, d'une façon plus générale, sur

(1) « Pour assurer la situation du créancier, il y aurait lieu, ce nous semble, d'imposer à l'acquéreur, l'obligation de continuer l'assurance et de lui faire consentir, lorsqu'il reste débiteur du prix, une cession de l'indemnité à laquelle il aurait droit personnellement comme propriétaire. Cette cession serait faite d'abord, au profit des créanciers hypothécaires à due concurrence et dans l'ordre de leurs inscriptions et, pour le surplus, au profit du vendeur. Elle serait bien entendu signifiée à la Compagnie. Nous devons reconnaître que ces cessions, lorsqu'elles ont lieu en cas de mutation, sont bien rarement faites au profit personnel des créanciers hypothécaires, mais c'est là, à notre avis, un tort et un danger. » (Houpin, loc. cit.).

celui qui succède à la propriété du débiteur ayant consenti ce transport-cession ? En d'autres termes, le créancier dont la créance suit l'immeuble cédé, s'attache à cet immeuble en quelques mains qu'il passe en vertu de l'hypothèque ou du privilège, et qui, après s'être fait consentir une cession d'indemnité éventuelle l'a régulièrement signifiée, pourrait-il, en cas de sinistre exercer contre l'acquéreur, les droits que le transport lui donnait contre le vendeur ?

Disons de suite que la question n'a qu'un intérêt théorique, car, dans toutes leurs polices, les compagnies d'assurance stipulent, qu'en cas de transmission des objets assurés, par décès, vente ou autres causes, le propriétaire désigné dans la police doit en faire la déclaration et que la compagnie a le choix de maintenir l'assurance ou de la résilier (1).

Et même, à défaut de cette stipulation, nous pensons que, par le fait même de la mutation de propriété, le contrat d'assurance tombe de plein droit et que les droits et obligations dont ce contrat est la cause ne passent pas à l'acquéreur ou aux autres successeurs à titre particulier.

On a essayé de soutenir le contraire (2) en prétendant que le contrat d'assurance n'est pas de

(1) Cie d'assurances générales, Police, art. 16 § 2.

(2) Boudousquié, loc. cit., n° 171. — Quesnault. Traité des assurances, n° 212 et s. — Persil. Traité des assurances terrestres, n° 178. — Alauzet. Les assurances, n° 142.

ceux que les parties sont présumées n'avoir stipulé que pour elles-mêmes (art. 1122 cod. civ.) et que, par conséquent, le bénéfice de l'assurance et les obligations qui en résultent doivent passer de plein droit, à défaut de stipulation contraire, aux ayants-cause de l'assuré. C'est là une grande erreur. Si, en effet, il n'y a pas de doute que les héritiers et successeurs à titre universel succèdent à tous les droits et obligations du défunt, dont ils continuent la personne suivant les principes du droit (1), il en est bien différemment des successeurs à titre particulier, comme l'acquéreur, le donataire, le légataire qui, eux, succèdent aux droits réels et non aux droits personnels, aux obligations de leur auteur. L'acquéreur, pas plus que le donataire ou le légataire à titre particulier, ne représente la personne et, par conséquent, l'assurance et le transport de l'indemnité éventuelle ne passent pas de plein droit du vendeur à l'acquéreur.

L'assurance ne doit pas être considérée comme un accessoire qui suit la propriété. Elle ne peut en effet exister séparée de la propriété ; par conséquent elle tombe dès qu'un événement quelconque vient à l'en séparer et on ne peut prétendre que celui qui vend un objet assuré est censé avoir vendu l'assurance qui y est attachée (2).

(1) Cette opinion n'a pas prévalu dans la doctrine. Philouze, loc. cit., p. 50. — Duhail, loc. cit., n° 149. — De Lande et Couturier, loc. cit., n° 285.

(2) Grün et Joliat, loc. cit., n° 86 et 387.

D'autre part, il y a véritablement changement d'objet. L'assurance, en effet, avait en vue une propriété entre les mains de telle personne déterminée; la propriété venant à être séparée de cette personne, l'objet est modifié sous un certain rapport. On peut ajouter que les risques ne sont plus les mêmes; car l'assurance est contractée souvent eu égard aux qualités, à la moralité de la personne détentrice de l'objet assuré; ces qualités constituent un élément de risque fort appréciable, on le conçoit, et qui peut varier infiniment avec le changement de propriétaire. C'est ainsi, d'ailleurs, que le jugent les compagnies d'assurance qui toujours, dans leurs polices, se réservent le droit d'accepter ou de refuser comme assuré le nouveau propriétaire.

Ce qui se passe en matière de bail ne doit pas être invoqué par analogie. Si, en effet, l'obligation d'entretenir le bail passe à l'acquéreur de la chose louée, quoiqu'il n'en soit pas chargé par le contrat d'acquisition, et lors même qu'il aurait ignoré l'existence du bail, c'est qu'un texte de loi l'a décidé ainsi, (art. 1743, cod. civ.), consacrant de la sorte une exception au principe de droit d'après lequel les obligations personnelles ne passent pas du vendeur à l'acquéreur ou, d'une façon générale, au successeur à titre particulier (1).

(1) Bordeaux, 23 août 1876, D. P. 78, 2, 52.
D. R. V^o Vente, n^o 56.

L'assuré peut être tenu, en vertu d'une clause expresse de la police, d'imposer à son acquéreur l'obligation de continuer l'assurance (1). Cela n'empêche pas qu'un nouveau contrat ne prenne naissance ; que le contrat primitif ne soit tombé avec tout ce qui en dépendait et que, par conséquent, une nouvelle cession ne devienne nécessaire pour continuer à garantir, au profit des créanciers, la réalisation des privilèges et des hypothèques qui ont suivi l'immeuble.

§ 4. — Du fait de la location de l'immeuble assuré.

Remarquons enfin et pour terminer un dernier cas, où le moyen de garantie que les créanciers espèrent tirer de la cession d'indemnité à leur profit, est insuffisant pour les protéger.

L'immeuble hypothéqué ou faisant l'objet d'un privilège peut être loué. En vertu des articles 1733 et 1734 du code civil, les locataires sont présumés responsables de l'incendie ; le propriétaire a un recours contre eux. Si ce propriétaire est assuré, il est naturel qu'il s'adresse d'abord à son assureur qui lui paiera l'indemnité due en vertu de la police, à condition d'être subrogé dans tous ses droits et actions contre les locataires. Si un transport de l'indemnité a été consenti par ce

(1) Paris, 8 avril 1876, D. P. 77, 2, 237.

De Lalande et Couturier, loc. cit., n° 294.

propriétaire à son créancier, la compagnie règlera au créancier cessionnaire l'indemnité qui lui est due en vertu de ce transport accepté par elle ou régulièrement porté à sa connaissance par la signification.

Mais, par suite d'une collusion frauduleuse entre le propriétaire et le locataire ou l'assureur des risques locatifs, il peut arriver que, malgré le transport qui lui a été consenti sur l'indemnité due par l'assureur au propriétaire, le créancier non seulement ne touche rien, mais voit son débiteur retirer à son détriment un bénéfice du sinistre. Celui-ci, en effet, peut ne pas prévenir son assureur du fait de l'incendie et s'adresser directement à son locataire responsable ou à l'assureur de ce dernier et lui dire : « La perte que vous m'avez fait éprouver est de 20.000, donnez-moi 15.000 et je vous tiens quitte. » Le locataire ou son assureur s'empressera d'accepter, et le créancier sera frustré ; son transfert ne lui profitera pas ; le locataire a payé valablement le propriétaire ; aucune opposition n'étant faite entre ses mains et celui-ci n'ayant rien réclamé à la compagnie, son assureur, qui elle, n'aurait pu le payer, sans main-levée délivrée par le créancier.

Pour prévenir cette fraude qui fréquemment peut se présenter, il serait indispensable que le créancier ayant hypothèque ou privilège sur l'immeuble se fasse céder par le propriétaire non seulement l'indemnité qui lui est due éventuellement

en vertu de l'assurance qu'il a lui-même directement contractée, mais encore celle qui pourra lui être due par les locataires aux termes des articles 1733 et 1734, et qu'il fasse signifier cette cession à tous ces locataires. Mais alors que de complication et que de frais !

Et quand bien même ces formalités auraient été régulièrement remplies, il peut se faire que le locataire ait négligé d'assurer son risque locatif ou, qu'ayant contracté cette assurance, il n'ait droit, au moment du sinistre, à aucune indemnité, soit parce que son contrat est entaché de nullité dès l'origine, soit parce que pendant la durée du contrat, il a encouru une déchéance, soit enfin parce que le contrat a été résilié pour une cause ou pour une autre avant l'arrivée de l'événement donnant droit à l'indemnité. Dans ces circonstances, de quelle utilité pourrait bien être la cession consentie par le propriétaire si le locataire est insolvable ?

D'autre part, de même que nous avons vu l'assureur refuser de payer aux créanciers l'indemnité dont ceux-ci lui ont régulièrement signifié le transport en leur opposant les nombreuses exceptions qu'il peut opposer à l'assuré lui-même, de même le locataire ou l'assureur de celui-ci, peut, par suite d'exceptions qu'il est en droit d'opposer au propriétaire, être dégagé de toute espèce de responsabilité, et, par conséquent ne plus devoir d'indemnité.

Ces exceptions sont nombreuses. « Le locataire », dit l'article 1733, « répond de l'incendie ; à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. » Une foule de circonstance peuvent faire naître un cas fortuit ou une force majeure et les vices de construction peuvent varier à l'infini.

DEUXIÈME PARTIE.

ASSURANCE PAR LE CRÉANCIER DE SON DROIT D'HYPOTHÈQUE OU DE PRIVILÈGE.

La cession de l'indemnité éventuelle d'assurance consentie par le débiteur au profit du créancier et signifiée à l'assureur ou acceptée par lui, constituait, nous l'avons vu, le mode employé généralement dans la pratique, avant la loi du 19 février 1889, pour garantir autant que possible ce créancier, contre la perte de sa créance par suite de l'incendie de l'immeuble donné en gage.

Ce moyen, ainsi que nous l'avons constaté, n'est pas sans inconvénients et ne donne pas aux créanciers une sécurité suffisante. Il en existerait un autre beaucoup plus efficace, selon nous, mais qui, par suite des difficultés qui se sont élevées soit au sujet de sa validité, soit au sujet de son application pratique, ne s'est pas généralisé; nous voulons parler de l'assurance directe de la créance hypothécaire par le créancier ou plus exactement de l'assurance du droit d'hypothèque et de privilège.

CHAPITRE I.

OBJET ET VALIDITÉ DE CETTE ASSURANCE.

Aujourd'hui la validité de cette assurance ne fait plus de doute ; elle a été consacrée en Belgique par la loi du 11 juin 1874 (art. 6 et 7) et, chez nous, la jurisprudence, depuis un arrêt de la cour de cassation du 29 décembre 1824 (D. P. 1825. I. 26) ne l'a jamais contestée (1). On trouve en France un certain nombre de compagnies qui, depuis fort longtemps, font sans difficultés l'assurance de l'immeuble du débiteur au nom personnel du créancier hypothécaire seul, pour garantir la sûreté donnée à sa créance dans le cas où, par le fait d'un incendie, l'immeuble étant complètement ou en partie détruit, cette sûreté disparaîtrait ou serait diminuée.

Si des doutes se sont élevés autrefois sur la validité de l'assurance de la créance hypothécaire, si on a vu et si on voit encore dans son exercice et dans sa réalisation des difficultés et des inconvénients nombreux, c'est en grande partie, croyons-nous, parce qu'on n'a pas suffisamment précisé son objet.

(1) Bordeaux, 1^{er} avril 1886. Journ. des assur. 1886, 407.

Il importe donc tout d'abord de bien déterminer cet objet et de s'entendre sur ce qu'on nomme assurance de la créance hypothécaire.

Section I. — Peut-on assurer l'existence d'une créance.

Tout d'abord, il est certain que ce n'est pas sa créance elle-même qu'un créancier peut assurer. Une créance, droit incorporel, ne peut être détruite par un incendie; par elle-même, elle n'est sujette à aucune perte matérielle; elle ne s'éteint que par l'accord des volontés qui lui a donné naissance ou par le paiement sous ses différentes formes.

Mais si l'existence même d'une créance ne peut être touchée par un fait matériel, comme un incendie, sa valeur peut être soumise à de nombreuses causes de perte et son recouvrement l'objet de nombreuses difficultés. En un mot, elle court des risques; or, partout où il y a un risque, il y a matière à assurance.

Pour les couvrir, ces risques, il y a l'assurance de solvabilité qui garantit le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur. Il y a aussi l'assurance dite hypothécaire, imaginée en Allemagne (1) et « qui garantit l'assuré contre tous risques de perte pouvant résulter de la vente amiable ou forcée de l'immeuble hypothéqué, qui lui garantit

(1) Chaufon. Les assurances, t. I. n° 187.

en même temps le remboursement à l'échéance du capital prêté sur hypothèque et le service exact des intérêts, ou bien le paiement à l'échéance à la fois du capital et des intérêts ». Il y a enfin l'assurance contre l'incendie, contre les risques du feu qui, en détruisant l'immeuble lui servant de gage, peut causer au créancier un préjudice sérieux. Par la perte de la sûreté spéciale qu'il a pris soin, s'il est hypothécaire ou privilégié, de se faire concéder sur l'immeuble de son débiteur, ou par la perte du gage que la loi lui donne, s'il est simplement chirographaire, communément avec tous les autres créanciers, sur ce même immeuble, il est évident que le créancier verra sa créance devenir illusoire et rester entre ses mains un titre sans valeur le plus souvent ; il éprouvera donc une perte dont l'incendie sera la cause.

« Une créance hypothécaire, « dit Persil (1) », sera-t-elle valablement assurée pour le cas où la maison sur laquelle frappe l'hypothèque périrait par incendie ? La créance ne périt pas avec la maison incendiée ; seulement elle perd une sûreté, sans laquelle le créancier n'aurait jamais consenti à livrer son argent. Les obligations du débiteur sont illusoires, quand le gage qui les garantissait a disparu ; aussi l'article 2131 du code civil autorise-t-il, dans ce cas, le créancier hypothécaire à exiger son remboursement ou un supplément

(1) Loc. cit. ; p. 141.

d'hypothèque. L'assurance de la créance hypothéquée dans la prévision de l'incendie de l'immeuble sur lequel repose le gage hypothécaire, est valable, malgré la qualité de l'objet assuré, appelé droit incorporel. »

Section II. — Le créancier peut-il assurer l'immeuble de son débiteur en son nom personnel ?

On dit souvent que l'objet d'une pareille assurance est l'immeuble du débiteur. Est-ce bien vrai ? Ce n'est pas au créancier que cet immeuble appartient, il ne le possède pas. Sans doute il a un grand intérêt à sa conservation, puisque d'elle dépend la valeur plus ou moins bonne de sa créance ; mais cet intérêt est-il suffisant pour faire porter directement son assurance sur l'immeuble ? Ce n'est pas pour son compte, cela est certain, que l'immeuble périt ; c'est pour le compte du débiteur qui en est propriétaire. S'il éprouve une perte contre laquelle l'assurance lui donne un moyen de garantie, ce n'est pas de l'immeuble mais d'un droit que celui-ci emporte avec lui dans sa destruction.

Il ne peut être question de donner au créancier le droit d'assurer l'immeuble de son débiteur, en se fondant sur l'article 1166 du code civil. Cet article, en effet, permet au créancier d'exercer des droits et des actions nées et acquises à son débiteur, mais il ne peut pas en faire naître, en se

substituant à lui, pour conclure une convention tout à fait facultative, aléatoire, comme l'assurance et dont le résultat immédiat est de lui imposer une charge. — Il semble impossible d'établir en principe que les droits des créanciers puissent jamais avoir pour effet de forcer le débiteur à contracter dans leur intérêt de nouveaux engagements (1).

« S'il était permis à un créancier de faire tout ce qu'il jugera convenable pour la sûreté de sa créance, si aujourd'hui on lui accorde l'assurance des biens de son débiteur, demain il faudra lui accorder, pour être conséquent, le droit de surveillance quotidienne sur les biens hypothéqués, le droit de faire mettre des poutres pour soutenir les murs qui fléchissent, de réparer le toit qui se découvre, enfin d'agir comme un véritable propriétaire » (2).

Section III. — Assurance du créancier, considérée abstractivement de l'immeuble incendié.

Si le créancier ne peut assurer en son nom personnel, ni l'existence de sa créance, ni l'immeuble de son débiteur, qu'assure-t-il donc alors en cette qualité ?

Nous croyons que l'assurance, contractée par

(1) Alauzet, loc. cit., t. I, p. 134.

(2) Persil, loc. cit., p. 162, n° 109.

un créancier pour se garantir des risques que court sa créance, à l'occasion de la perte dont un événement fortuit, comme un incendie, menace l'immeuble de son débiteur, peut être considérée abstractivement de la chose détruite, ainsi qu'une promesse d'indemnité faite pour le cas où le droit du créancier ne pourrait plus s'exercer, par suite de cette destruction.

C'est ainsi déjà, qu'Emérigon, comprenait l'assurance des créanciers hypothécaires sur le navire (1). « Les créanciers privilégiés sur le navire », dit-il, « auraient un moyen facile de pourvoir à leur intérêt : ce serait de se procurer des fideicommiss qui, moyennant un certain bénéfice, se rendissent garants de leur créance dans le cas de perte du navire ; car on peut cautionner sous condition, et il n'est pas absolument de l'essence de l'intercession d'être gratuite : *fide jubendi causâ pecuniam accipere possumus.* »

Il est évident que la garantie dont parle ainsi cet ancien auteur, n'est autre chose qu'une assurance du privilège des créanciers, sur la validité de laquelle il n'élève aucun doute, et la même décision peut être appliquée à l'assurance d'un droit d'hypothèque ou de privilège sur une chose périssable par le feu.

« M. Pardessus établit fort bien, » dit Quénault (2), « que l'obligation de garantie ou de cau-

(1) Contrat à la grosse, ch. XII, section 7.

(2) Loc. cit., p. 34.

tionnement contractée par un individu qui en reçoit le prix du créancier envers lequel il s'oblige, n'est autre chose qu'une véritable assurance ; cette assurance étant promise, par la convention dont nous venons de parler (Quénault venait de citer le passage d'Emérigon que nous rapportons plus haut), pour le cas où, la maison hypothéquée viendrait à être incendiée, serait due par le seul fait de l'incendie qui constituerait l'évènement du risque prévu. L'assureur ne serait point reçu à opposer l'exception de discussion au créancier hypothécaire qui aurait assuré contre ce risque, il serait tenu de le payer, sauf recours contre le débiteur en vertu de sa subrogation dans les droits du créancier remboursé ».

C'est ainsi d'ailleurs qu'on assure contre le risque locatif et contre le risque du recours du voisin. « Ces assurances ne sont pas comprises dans celle des immeubles ou des meubles ; ce sont des assurances distinctes et séparées qui donnent lieu à des primes spéciales. Les compagnies ne répondent de ces risques que lorsqu'ils ont été l'objet d'une stipulation particulière de la police d'assurance (2) ».

Nous ajouterons enfin, que ce qui prouve bien péremptoirement que ce n'est pas l'immeuble du débiteur que le créancier assure, lorsqu'il cherche par ce moyen à se garantir des risques que l'incen-

(1) Agnel. Manuel général des assurances. 3^e édition, n^o 100.

die fait courir à sa créance, c'est qu'il ne prend pas, comme base, pour fixer le chiffre de l'indemnité qu'il se fait promettre, la valeur de l'immeuble, mais bien celle de sa créance.

En nous plaçant à ce point de vue, il ne nous semble pas plus difficile d'accorder le droit de contracter une assurance, en cas d'incendie de l'immeuble du débiteur, au créancier chirographaire qu'aux privilégiés et hypothécaires ; car, s'il n'a pas comme ceux-ci, un droit réel sur cet immeuble, s'il peut voir les biens de son débiteur sortir, sans qu'il puisse s'y opposer, du patrimoine formant son gage, et s'il n'a sur eux aucun droit de suite, il a néanmoins un intérêt incontestable à la conservation de ces biens ; leur destruction diminue son gage et constitue par conséquent pour lui un véritable risque. Il n'y a donc aucun motif pour établir contre lui une exception à la règle générale. Cependant, en pratique, ce genre d'assurance est extrêmement rare, et cela se conçoit si l'on songe aux graves difficultés qui se présenteraient, lors du règlement, lorsqu'il s'agirait de déterminer les risques courus et l'étendue de ces risques.

L'assurance ne pouvant jamais être pour l'assuré une cause de bénéfice, le créancier chirographaire ne peut garantir que ce qu'il risque de perdre, c'est-à-dire que jusqu'à concurrence de la somme qu'il aurait à recevoir de son débiteur au moment du sinistre. Il faudra donc déterminer

quelle a été la part de l'assuré dans l'attribution de l'actif net du débiteur entre tous ses créanciers, au cas où le sinistre n'aurait pas eu lieu, et faire un calcul proportionnel analogue (1).

Section IV. — Assurance du droit réel d'hypothèque et du privilège.

S'il s'agit d'un créancier hypothécaire ou privilégié, on peut, en se plaçant à un autre point de vue, le considérer comme assurant contre les risques du feu, non pas davantage l'immeuble de son débiteur, mais le droit réel d'hypothèque ou de privilège qui lui appartient sur cet immeuble, c'est-à-dire ne plus faire abstraction, comme précédemment, de la chose garantie, mais envisager cette chose comme l'objet même de l'assurance.

On fait à ceci une objection et on dit que le créancier n'a sur la chose affectée qu'un droit incorporel non susceptible de sinistre.

Nous pensons qu'il n'est pas vrai que l'hypothèque soit un droit non susceptible de sinistre.

En effet, toute constitution d'hypothèque est une aliénation éventuelle de la propriété hypothéquée ; elle confère au créancier un droit réel qui s'éteint par la perte de la chose sur laquelle il est établi. Ce droit est donc susceptible de sinistre. Peu importe que le créancier conserve contre son débiteur une action hypothécaire et puisse exiger

(1) De Lalande et Couturier, loc. cit., n° 55.

de lui, ou son remboursement ou un supplément d'hypothèque (art. 2131 c. civ.) ; la perte du créancier n'en est pas moins réelle si le débiteur est insolvable et s'il n'a point d'autres immeubles qui puissent être hypothéqués ; enfin, s'il s'agit d'un privilège spécial, ce privilège s'éteint en entier par la destruction de la chose qui en est grevée. Il y a donc, dans tous les cas, extinction d'un droit réel, perte éventuelle pour le créancier et, par conséquent, matière à assurance (1).

Nous sommes en cela d'accord avec Laurent : « On demande », dit cet auteur, « qui a le droit ou l'obligation, s'il y a lieu, d'assurer la chose ?... Que faut-il dire des créanciers privilégiés ou hypothécaires ? Il ne peut pas s'agir d'une obligation des créanciers d'assurer la chose, car ils ne la possèdent pas et ne sont pas tenus de la conserver. Il est même douteux qu'ils en aient le droit, la question est controversée. A notre avis, les créanciers privilégiés et hypothécaires ne peuvent assurer que ce qui leur appartient, c'est-à-dire le démembrement de la propriété qu'ils ont stipulé ou que la loi leur accorde ; la propriété étant démembrée, tous ceux qui ont une fraction de la propriété ont, par cela même, la faculté de l'assurer. » (2).

(1) Boudousquié, loc. cit., n° 33.

(2) Loc. cit., t. XXXI, n° 411.

**Section V. — Objections faites à la validité
de l'assurance par le créancier.**

§ 1. — Le créancier ne peut assurer en son nom personnel.

Les distinctions que nous venons d'établir semblent peut-être, au premier abord, plus théoriques que pratiques. Elles ont cependant des conséquences sérieuses qui nous permettront de répondre plus facilement aux objections soulevées contre la validité de l'assurance contractée directement par le créancier hypothécaire, en son nom personnel, sur l'immeuble du débiteur, et aux difficultés qu'on a vues dans son exercice.

Certains auteurs, en effet, ont prétendu que le créancier ne pouvait jamais contracter une telle assurance en son nom personnel, qu'il n'avait pas un intérêt suffisant et qu'il ne pouvait agir qu'au nom du propriétaire, comme son mandataire ou même son gérant d'affaires.

« Pour faire assurer », dit Dalloz qui soutient cette idée, « il faut être propriétaire d'une chose sujette à des risques. Or, le créancier hypothécaire n'est pas propriétaire de l'immeuble ; il n'a qu'une créance, un droit incorporel qui, par lui-même, n'est pas sujet à sinistre. Ce droit incorporel grève l'immeuble, s'y attache et le suit toujours, mais il n'est jamais qu'une charge. La chose affectée reste la propriété d'autrui ; seulement le créancier

a un intérêt puissant à ce qu'elle soit conservée. C'est donc en sa qualité de créancier faisant un acte conservatoire, remplaçant le propriétaire, se constituant son *negotiorum gestor*, qu'il peut faire une assurance et, sous ce point de vue, tout autre créancier, sans distinction, pourrait agir de la même manière » (1).

Nous avons répondu à cette objection, lorsque nous avons dit que le créancier agissait, en réalité, en qualité de véritable propriétaire; non pas de l'immeuble, mais de son hypothèque et de son privilège considéré comme démembrement de la propriété et que, quand bien même on contesterait que l'hypothèque fût un droit réel qui place l'immeuble dans une dépendance semblable à un véritable droit de propriété sur lequel l'assurance peut directement porter, on devrait néanmoins reconnaître à un créancier ce droit de contracter une assurance, c'est-à-dire le droit de se faire promettre une indemnité, à l'occasion de la destruction de l'immeuble de son débiteur; car cette destruction a pour conséquence de constituer un risque assurable.

Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de la qualité de gérant d'affaire que Dalloz, avec quelques auteurs, donne au créancier qui fait assurer.

Les adversaires de l'assurance contractée, en son nom personnel et à son profit exclusif, par le cré-

(1) R. V^e Assur. terr. n^o 82.

ancier à l'occasion de l'incendie de l'immeuble du débiteur, signalent en outre les inconvénients qu'elle pourrait entraîner.

§ 2. — Cumul des assurances sur le même objet.

Admettre un créancier hypothécaire à faire assurer sa créance personnelle, dit-on, c'est ouvrir la porte à une foule de difficultés. Le propriétaire peut faire assurer son immeuble, assuré déjà par un créancier hypothécaire ; cependant une chose ne peut être assurée au-delà de sa valeur.

Cette objection ne peut s'élever dans notre système, d'après lequel ce n'est pas l'immeuble du débiteur que le créancier assure. Selon nous, en effet, les deux assurances ont chacune un objet, c'est-à-dire un risque distinct et qu'il faut se garder de confondre, l'un qui est la perte de la propriété de l'immeuble, l'autre la perte du droit réel d'hypothèque ou de privilège. Ce n'est pas assurer la chose au-delà de sa valeur que de l'assurer contre les différents risques qui la menacent. Rien n'empêche de diviser les risques et de contracter une assurance pour chacun. Plusieurs personnes peuvent avoir sur le même immeuble des droits différents ; chacun de ces droits peut être l'objet d'une assurance, contre les risques qu'il court, abstractivement de la chose sur laquelle il porte, et rien ne s'oppose à la validité de ces assurances dans la limite, bien entendu,

des intérêts respectifs des parties qui les ont contractées. Ainsi le propriétaire, l'usufruitier, le locataire principal, le sous-locataire, le créancier, exposés à une perte par suite de l'incendie du bâtiment, peuvent se garantir contre cette perte au moyen d'une assurance. La même compagnie peut recevoir l'assurance de ces diverses personnes et percevoir une prime de chacune d'elles.

D'autre part, de ce que deux assurances ont été contractées sur le même immeuble, l'une par le propriétaire, l'autre par un créancier hypothécaire, il ne faudrait pas croire que chacun des assurés recevra séparément une indemnité qui, ajoutée à celle de l'autre, sera plus forte que la perte éprouvée, et qu'on arriverait ainsi, par ce cumul, à faire échec au principe essentiel que l'assurance ne doit jamais être pour l'assuré une cause de bénéfice.

Grâce à la subrogation qu'il a soin de se faire consentir dans toutes ses polices, et qui d'ailleurs, même en dehors de toute stipulation, s'opère de plein droit à son profit, en vertu de l'article 1251, du code civil, l'assureur ne paiera, en définitive, qu'une indemnité égale à la perte. Les assureurs, en effet, étant subrogés aux droits des créanciers contre le propriétaire de l'immeuble, pourront répéter contre celui-ci les sommes qu'ils auraient payées à ceux-là et même les déduire du montant de l'indemnité qu'ils auraient à payer au propriétaire, dans le cas où il aurait fait assurer sa propriété par la même compagnie. Le propriétaire

débiteur se retrouvera donc dans la même position que si ses créanciers hypothécaires n'avaient point fait assurer leurs créances : il ne gagnera rien à l'assurance qu'ils auront stipulée, puisqu'il ne fera que changer de créanciers, et que, par conséquent, il n'aura point d'intérêt à voir arriver un sinistre qui n'améliorera point sa situation (1). D'autre part, il n'aura pas à se plaindre de ne pas jouir de l'indemnité entière, car si l'assurance du créancier n'existait pas (et elle doit être considérée à son égard comme n'existant pas), l'indemnité pourrait être frappée d'opposition jusqu'à concurrence de la créance inscrite ; or, ce que le propriétaire aurait dû payer au créancier, est-il étonnant ou injuste qu'il le paie aux assureurs nantis d'une subrogation (2) ?

Le cumul des assurances sur le même objet ne présente donc pas les inconvénients qu'on croit y voir tout d'abord. Du reste, il y a toujours un moyen auquel les compagnies ne manquent pas de recourir, pour éviter ce cumul et les difficultés qui peuvent en découler : c'est d'exiger du propriétaire, lorsqu'il se présente pour contracter, qu'il déclare si le bâtiment est hypothéqué, et s'il sait qu'il est assuré pour la créance hypothécaire. L'assureur peut même stipuler, et cela arrive fréquemment, que l'assurance du créancier de-

(1) Quesnault, loc. cit., p. 34.

(2) Grün et Joliat, loc. cit., n° 106.

viendra caduque si le propriétaire lui-même fait assurer (1).

§ 3. — Difficultés de déterminer la limite des droits du créancier sur l'indemnité.

L'objet de l'assurance de la créance hypothécaire étant le droit réel, privilège ou hypothèque, existant sur l'immeuble, soumis aux risques du feu, ceux-là seuls, parmi les créanciers qui possèdent ce droit réel, pourront contracter cette assurance, et ils ne le pourront que dans la limite de leur droit ; c'est-à-dire jusqu'à concurrence de ce qui est garanti par leur privilège ou leur hypothèque, au-delà leur assurance n'aurait plus d'objet.

On a voulu voir là précisément une difficulté pratique qui rendait impossible l'assurance de la créance hypothécaire : « Si pour écarter la conséquence évidemment inadmissible du bénéfice possible pour l'assuré », dit Alanzet (2), « on établit que, la maison une fois détruite, les assureurs seront tenus vis-à-vis du créancier jusqu'à concurrence seulement de sa créance reconnue valide, dans quels inextricables embarras, quoiqu'on ait dit, allons-nous donc tomber ? »

(1) Le tribunal civil de Grenoble (25 août 1851) a cependant déclaré que l'assurance de l'immeuble, faite par le créancier hypothécaire, ne constituait pas une double assurance sur le même objet et que le propriétaire dût déclarer.

Cf. Bondousquié, loc. cit., n° 33. — De Lalande et Couturier, loc. cit., n° 482.

2) Loc. cit., t. I, n° 136.

« De ce qu'une créance a été reconnue valide, et elle n'existe qu'à cette condition, de ce qu'une inscription a été prise avec toutes les formes légales, il n'en résulte nullement que l'hypothèque soit suffisante et bonne. Elle pouvait être insuffisante, parce que la créance avait une valeur plus grande que l'immeuble ; elle pouvait être tout à fait illusoire, parce que des hypothèques antérieures en avaient déjà absorbé la valeur entière ; mais la vente seule aurait pu faire connaître d'une manière bien exacte la valeur réelle de l'immeuble, et nous le supposons détruit. »

« On peut bien établir en théorie, que le créancier hypothécaire n'aura droit à l'indemnité que jusqu'à concurrence seulement de la somme pour laquelle il eut été utilement colloqué au moment du sinistre, ne l'admettre à cette assurance que pour cette valeur. En conséquence, on devra, lorsqu'il demandera à profiter de son assurance, exiger qu'il prouve que son inscription subsiste encore et qu'elle vient en ordre utile. »

« Prouver que l'inscription subsiste encore, cela est facile ; mais qu'elle vient en ordre utile, ce l'est beaucoup moins. En admettant que la valeur d'un immeuble fut bien fixée, supposez-le grevé de quatre inscriptions absorbant les trois quarts de la somme estimée ; une cinquième arrive et greève jusqu'à concurrence de la somme entière. Cette créance, dans le système que nous combattons, serait incontestablement assurable : si elle n'a

cependant d'autre garantie de paiement que cette hypothèque, quel est l'homme d'affaire qui la considérera comme bonne. »

« Maintenant si nous voulons parler des privilèges des hypothèques tacites etc... etc..., nous trouverions encore de bien autres difficultés ; mais il faut se restreindre ; disons encore cependant que si ces inconvénients sont irrémédiables, ils sont loin d'être les seuls qu'on puisse signaler ».

Ces inconvénients ne nous semblent pas si grands que le prétend Alauzet ; l'exercice et le règlement de l'assurance de la créance hypothécaire n'offrent pas, comme nous le verrons, des difficultés aussi insurmontables. Cet auteur en essayant de montrer la difficulté de reconnaître quand la créance hypothécaire vient en ordre utile et quand l'assurance doit sortir son effet, ne combat pas d'ailleurs absolument, comme illicite, l'assurance de la créance hypothécaire, mais il semble inspiré par son désir de substituer à cette assurance l'assurance de solvabilité ou de faire admettre, contrairement aux vrais principes, que le créancier peut faire assurer l'immeuble de son débiteur comme *negotiorum gestor* à l'insu de l'assureur (1). C'est la question à laquelle nous arrivons maintenant et qu'on a qualifiée de doctrine du mandat tacite.

(1) Cf., Journ. des ass., 1852, p. 357.

CHAPITRE II

DOCTRINE DU MANDAT TACITE

L'assurance contractée par le créancier hypothécaire ou privilégié pour une valeur supérieure à sa créance est-elle valable ? Profite-t-elle au propriétaire ?

Le créancier hypothécaire ou privilégié ne peut assurer que jusqu'à concurrence de sa créance en son nom personnel ; celle-ci forme la limite de son intérêt. Que décider en conséquence, s'il contracte une assurance pour une somme non seulement égale, mais supérieure au montant de sa créance hypothécaire et atteignant la valeur totale de l'immeuble sur lequel repose cette créance ?

Il ne peut y avoir de difficultés, si le créancier hypothécaire déclare agir pour lui, dans son intérêt et en même temps dans l'intérêt de son débiteur qu'il fait connaître, et dont il se constitue expressément le mandataire (1).

L'assurance dans ce cas peut produire certainement le double effet désiré, mais à une condition toutefois encore, c'est que le débiteur, propriétaire

(1) Souvent, dans les actes, le créancier se réserve le droit d'assurer l'immeuble, si le propriétaire ne le fait pas. Il agit alors en cette qualité.

de l'immeuble ainsi assuré, ratifie la gestion d'affaire (1).

Mais si le créancier n'a pas déclaré la qualité en vertu de laquelle il contractait, devra-t-on le considérer, d'une part, comme ayant agi dans son propre intérêt jusqu'à concurrence du montant de sa créance hypothécaire et, d'autre part, comme le gérant d'affaire de son débiteur pour le surplus ?

Un arrêt de la cour de cassation du 29 décembre 1824 l'a décidé ainsi (2). En l'espèce, le débiteur étranger au contrat réclamait de la compagnie *le Phénix*, l'excédant de la créance d'un hypothécaire qui avait fait assurer l'immeuble pour toute sa valeur. Cette prétention fut accueillie par la cour de Colmar (arrêt du 27 juin 1823) dont l'arrêt fut confirmé par la cour suprême dans les termes suivants : « Attendu en fait, que ce n'est pas le montant de la créance hypothécaire dont il n'est fait aucune mention dans la police d'assurance, mais le fonds hypothéqué lui-même que Ricklin a fait assurer contre l'incendie ; qu'ainsi Ricklin ayant pourvu simultanément et à son propre intérêt et à celui des propriétaires, la cour royale de Colmar a dû le considérer comme le *negotiorum gestor* et obliger les assureurs à exécuter l'obligation par eux contractée, quelque pût en

(1) Il y a controverse sur le point de savoir si cette ratification doit être au moins antérieure au sinistre, la ratification du propriétaire rétroagissant au jour de la gestion d'affaires. (Rep. ency. du droit franc. V^o ass. terr. n^o 193 — auteurs et arrêts cités).

(2) D. R., V^o ass. terr. n^o 82, not.

être le résultat en faveur du propriétaire ; résultat qui, d'ailleurs, n'aggravait et ne choquait en rien la condition des assureurs. »

« Nous ne saurions adopter la doctrine que cet arrêt tend à consacrer », disent avec raison Grün et Joliat (1). « En supposant que les assureurs puissent admettre le créancier en son nom et en sa qualité à l'assurance de l'immeuble du débiteur, nous pensons que si la valeur de l'immeuble excède le montant de la créance, l'assureur n'est pas tenu du surplus et que le propriétaire n'a aucun droit à l'indemnité ».

Développons cette proposition très importante par ses applications pratiques. Les contrats n'ont d'effet qu'entre ceux qui les ont souscrits (c. civ. art. 1165) ; nul ne peut s'engager ni stipuler en son nom que pour soi-même (art. 1119). Ainsi, lorsqu'un créancier hypothécaire se présente seul, en cette qualité, dans son intérêt personnel, c'est à lui seul que le contrat peut profiter (2). D'un autre côté, et selon les mêmes principes, le propriétaire ne peut être poursuivi en paiement de la prime ; il n'a donc aucun droit à l'indemnité : car dans le contrat d'assurance, l'indemnité a pour cause le paiement des primes annuelles.

En vain le propriétaire ferait à l'assureur une objection tirée de ce que la valeur de l'immeuble excède la créance et que le créancier n'a pas spécifié qu'il n'assurait que sa créance. L'assureur

(1) Loc., cit., n° 105.

(2) Cass., 2 juin 1886. D. P. 87, I, 30.

n'a pas à s'enquérir du montant de la créance en elle-même ; la seule chose qu'il ait à considérer, c'est la valeur de l'immeuble et son rapport avec la créance dont il est le gage. Si le créancier, par des motifs étrangers à l'assureur, a exagéré l'appréciation de l'immeuble et qu'elle surpasse la créance hypothéquée, il en résultera, en cas de sinistre, non pas que le propriétaire débiteur profitera du surplus, mais que l'assureur restituera une partie de la prime qu'il a perçue. A la vérité, s'il n'y a pas eu de sinistre, l'assureur se trouvera avoir reçu des primes hors de proportion avec la valeur assurée ; mais c'est au créancier à s'imputer l'exagération de l'évaluation.

Le créancier qui assure l'immeuble sans faire une mention spéciale de sa créance est, dit-on, le *negotiorum gestor* du débiteur propriétaire. Cette présomption de mandat nous semble une pure subtilité, contraire à la réalité des faits et à l'intention de l'assuré. Le mandat peut être donné pour toute espèce d'acte et même verbalement (art. 1985 c. civ.). Bien plus, on peut valablement gérer les affaires d'autrui, comme s'il existait un mandat. (art. 372 c. civ.). Mais la volonté de s'occuper ainsi d'intérêts étrangers ne se suppose pas ; la gestion d'affaires n'a lieu que lorsque le propriétaire n'est pas en état d'y pourvoir lui-même ; ce sont les termes de la loi. Le quasi mandataire agit en vue de rendre un service et sans aucune intention d'intérêt personnel. Mais lorsqu'une personne, qui a des intérêts très rapprochés de ceux du propriétaire, contracte pour elle seule, peut-on raisonnablement penser

qu'elle a voulu servir un autre qu'elle-même ; et si son contrat est nul, ou s'il passe les bornes de sa capacité, n'est-il pas étrange d'appeler le propriétaire au bénéfice de ce contrat qu'il n'a pas souscrit ? Appliquant ces principes à la question actuelle, il est bien évident qu'un créancier hypothécaire qui déclare sa qualité, qui, comme tel, assure dans son intérêt particulier l'immeuble affecté à sa créance, ne gère que sa propre affaire et l'on dénaturerait le quasi mandat, l'on contreviendrait à l'esprit de la loi, l'on ferait mentir le contrat si l'on admettait le débiteur négligent à partager une indemnité promise au seul créancier (1).

(1). Cf. Journ. des ass. 1850, p. 237.

Alauzet. Loc. cit., t. I., p. 245.

D. R., V^o ass. terr., n^o 81.

Laurent, loc. cit., t. XXXI, p. 392 n^o 411.

Il a été jugé que l'assurance contractée par une personne en qualité de *negotiorum gestor* était valable *ab initio* et sans qu'il fût besoin d'une ratification antérieure au sinistre, alors que cette personne gérait confondus dans les siens propres, les intérêts du propriétaire de l'immeuble. (Bourges, 29 mai 1872, D. P., 73, 2, 172. — Cass., 8 juillet 1873, D. P., 74, 1, 172.)

Il a aussi été jugé que le bénéfice d'un contrat d'assurance peut être revendiqué par un tiers qui n'y a point participé, à la condition toutefois qu'il soit établi au moins par un commencement de preuve par écrit, complété par des témoignages ou des présomptions, que c'est pour lui-même, avec le consentement de l'assureur, que le stipulant a conclu la police en qualité de gérant d'affaires. (Nancy, 7 février 1867, D. P., 67, 2, 73.)

CHAPITRE III.

CONDITIONS EXIGÉES DU CRÉANCIER QUI VEUT ASSURER.

Section I. — Justification à fournir au moment du contrat.

Pour que son assurance ait un objet, le créancier qui veut assurer sa créance hypothécaire ou privilégiée doit affirmer tout d'abord ses droits comme créancier ; pour cela produire son titre de créance à l'assureur. La validité d'une hypothèque ou d'un privilège dépend en premier lieu de la créance.

Puis il devra prouver, au moyen d'un certificat du conservateur des hypothèques constatant son inscription, que sa créance, comparée aux autres créances inscrites et à la valeur approximative de l'immeuble, a bien sur cet immeuble un rang utile d'hypothèque ou de privilège.

Section II. — Conditions exigées pendant la durée du contrat

L'existence de l'assurance jusqu'au moment du sinistre, dépend également pour l'assuré de la

persistance de ses droits comme créancier et du maintien de son inscription en rang utile pendant toute la durée du contrat. — Si avant le sinistre, la créance a été remboursée, si par suite de non renouvellement ou si, pour une cause quelconque, l'hypothèque ou le privilège s'est éteint l'objet de l'assurance n'existe plus, le contrat forcément disparaît.

Le créancier ne pourrait cacher la péremption ou la radiation de l'hypothèque à l'assureur, qu'en se faisant envers lui coupable de réticence ce qui le rendrait inhabile à recevoir l'indemnité.

L'assureur qui, dans ces conditions, et dans l'ignorance où il serait du remboursement de la créance ou de la non existence de l'hypothèque ou du privilège au moment du sinistre, solderait le montant du dommage, ferait un paiement indû dont il pourrait poursuivre la restitution suivant les règles du droit commun (art. 1377, c. civ.).

Si c'était de mauvaise foi que le créancier s'était rendu coupable de réticence, il pourrait même être tenu, en vertu de l'article 1378 du code civ., de restituer les intérêts de l'indemnité indûment reçue, du jour du paiement.

Section III. — Justifications exigées au moment du sinistre.

Les mêmes justifications exigées au moment du contrat et qui ont pour but de préciser l'objet de l'assurance devront donc être renouvelées au mo-

ment du sinistre. Ce n'est qu'à cette double condition que le créancier hypothécaire pourra profiter de l'assurance, et c'est ce que la compagnie d'assurances générales stipule en ces termes dans sa police : « Il est expressément convenu qu'en cas d'incendie, la compagnie ne sera obligée envers le dit créancier (créancier hypothécaire), que si l'inscription de celui-ci arrive en ordre utile, et seulement pour la portion de sa créance qui, en l'absence d'incendie, serait arrivée en ordre utile. Outre cette justification qui est à la charge du créancier, la compagnie ne devra d'indemnité que si la partie des constructions non atteintes par l'incendie, le sauvetage, la valeur du sol et enfin les autres immeubles hypothécairement affectés à la garantie de la créance, quelle que soit d'ailleurs leur situation et leur nature, sont insuffisants, pour garantir la créance de l'assuré. En cas d'insuffisance, elle ne devra l'indemnité que pour la portion de la créance que l'incendie aura laissée à découvert. »

La créance que garantit une hypothèque ou un privilège peut être conditionnelle. Si le sinistre arrive avant l'accomplissement de la condition, l'assurance de cette hypothèque ou de ce privilège recevra son effet mais conditionnellement. Rien n'empêche que l'assuré touche l'indemnité stipulée ; mais à charge toutefois de fournir caution.

CHAPITRE IV

FIXATION DU CHIFFRE DE L'INDEMNITÉ. — APPRÉ- CIATION DES DOMMAGES.

Comment déterminer l'indemnité à payer au créancier assuré ? Ici apparaissent les difficultés que n'ont pas manqué de relever les adversaires de l'assurance de la créance hypothécaire.

Le principe qui doit nous guider, principe essentiel d'ailleurs dans toute espèce d'assurances, c'est que l'assuré ne peut obtenir, par l'effet de son assurance, une situation meilleure après qu'avant le sinistre. L'assurance est un contrat d'indemnité et non de spéculation. Violer ce principe, serait provoquer l'assuré à l'incendie volontaire et choquer évidemment ainsi la morale et l'ordre public.

A quoi donc peut prétendre le créancier hypothécaire ou privilégié qui, comme tel, contracte une assurance sur les biens de son débiteur ? A une indemnité représentant la valeur de son droit d'hypothèque ou de privilège perdu et rien qu'à cela. Si, malgré l'incendie, son droit subsiste, aucune indemnité ne lui sera allouée, puisqu'il n'aura pas subi de perte. S'il subsiste en partie, il touchera une indemnité proportionnelle à la perte

éprouvée, et enfin s'il a complètement disparu avec l'immeuble sur lequel il reposait, l'indemnité sera celle stipulée.

Pour déterminer la perte éprouvée, il faudra constater : — 1° La valeur vénale de la propriété avant l'incendie, sol compris. — 2° La valeur vénale de la partie restante et des débris en y comprenant le sol.

D'autre part le créancier, pour ne pas gagner à l'assurance, ne doit en profiter que de la même manière et dans la mesure où il aurait profité du prix de vente si, au lieu d'être incendié, l'immeuble hypothéqué avait été vendu.

Lorsque le créancier poursuivant le paiement de sa créance exproprie son débiteur, il est obligé de payer les frais d'expropriation. Ces frais, quelquefois très élevés, viennent en déduction de sa créance ; ils devront également venir en déduction de l'indemnité qui lui sera due si l'assurance se réalise. « Nous ne saurions trop rappeler les principes en assurance », dit à ce propos Poujet (1) « l'assuré ne doit pas avoir intérêt au sinistre. Cet intérêt est évident lorsque, par l'effet d'un sinistre arrivant sur un immeuble de 1,000 fr., l'assuré touche une créance hypothécaire de 1,000 fr. que les frais d'une expropriation judiciaire auraient absorbée. »

« Admettons maintenant que la compagnie ait

(1) Gui le du créancier hypothécaire. Journ. des ass. 1866. p. 54.

cru, de bonne foi, faire l'assurance d'une créance hypothécaire dans les conditions de sa police et sur les déclarations de l'assuré ; voyons quels sont les droits du créancier hypothécaire dans l'hypothèse où, par suite de dépréciation de l'immeuble et de la déduction des frais d'expropriation, sa créance est jugée ne pas venir complètement en ordre utile. »

« L'assuré dira-t-il, pour s'opposer notamment à la déduction des frais d'expropriation : Vous ne pouvez les déduire, parce qu'ils sont éventuels ? »

« On lui répondra d'abord : Le contrat a prévu cette déduction. On n'a pas voulu que si votre inscription devrait être anéantie par l'exercice de vos droits d'expropriation, elle restât debout par le fait de l'incendie. »

« Mais j'aurais pu transporter ma créance, dira peut être l'assuré..., je l'aurais donc recouvrée totalement sans être obligé d'avoir recours à une expropriation ? »

« C'était possible, dirons-nous ; mais le cas ne s'est pas réalisé, et d'ailleurs, eût été bien imprudent celui qui, en acceptant la cession de cette créance, n'eût pas prévu le cas d'expropriation ; et quel est le créancier qui trouverait un notaire assez peu soucieux de ses devoirs pour faire un pareil acte de transport ? »

« Le débiteur, ajoute-t-on, aurait peut-être payé avant l'incendie, sans qu'un transport de la créance fut devenu nécessaire !... A cette objection

nous répondrons comme plus haut. Le cas était possible..., mais il ne s'est pas réalisé, et les rapports d'un assuré avec un assureur ne se règlent pas par de telles hypothèses. Le contrat est la loi des parties, on ne peut en étendre les termes. Or, afin d'anéantir tout intérêt au sinistre, il a été prévu qu'en cas d'indemnité, on déduirait les frais d'expropriation ; cette condition doit être exécutée. »

« Mais on persiste au nom du créancier hypothécaire et l'on ajoute : S'il eut fait assurer l'immeuble comme créancier hypothécaire au lieu de faire assurer la créance, vous l'auriez payé sans déduire les frais d'expropriation ? »

« C'est là une erreur ; car le cas est le même et la qualité de créancier ne disparaît pas. Il aurait donc fallu encore, dans cette hypothèse, déduire les frais d'expropriation pour anéantir tout intérêt à un sinistre, et ne pas faire bénéficier le créancier en lui épargnant les frais d'une expropriation. »

« Alors, dit-on, il ne faut pas assurer le propriétaire d'un immeuble grevé d'hypothèque ; car après avoir transporté aux prêteurs le bénéfice de l'assurance, il incendiera sa propriété afin d'en accroître la valeur du montant des frais d'une expropriation. »

« Alors, dit-on encore, il ne faudra pas assurer les marchandises de celui qui, prévoyant que la

hausse sur ses marchandises n'est que passagère, a intérêt à les faire consumer par le feu. »

« Sans doute, dans ces deux cas et dans bien d'autres, la fraude peut se montrer ; mais si l'assureur ne peut l'éviter, ce n'est pas une raison pour le soumettre, dans l'espèce, à la fraude qui pourrait avoir lieu si, dans l'assurance de la créance hypothécaire, il n'était pas tenu compte des frais d'expropriation ».

« Il faut donc maintenir cette règle dans l'appréciation du droit du créancier hypothécaire ; elle est la condition vitale de l'assurance, la sauvegarde des intérêts de l'assureur ; elle est réclamée dans l'intérêt de l'ordre public, qui ne veut pas qu'un assuré puisse, dans aucune hypothèse, avoir intérêt à un sinistre ».

D'autres questions peuvent encore se présenter au sujet du règlement de l'indemnité d'assurance de la créance hypothécaire ou privilégiée.

L'assureur peut stipuler qu'il sera subrogé dans les droits et actions de l'assuré contre le débiteur ; cela est incontestable ; l'article 1250 du code civil ne laisse aucun doute sur ce point (1).

(1) On a cependant contesté que, lorsque l'assurance a été faite par un créancier hypothécaire, l'assureur pût invoquer la subrogation conventionnelle pour exercer son recours contre le débiteur propriétaire de l'immeuble brûlé ? On a dit que l'assureur n'est subrogé qu'aux droits que l'assuré peut avoir relativement à l'incendie. Or, un créancier n'a aucune action contre son débiteur pour cause d'incendie arrivé par un accident fortuit ; il ne peut donc en céder aucune à l'as-

Mais supposons que l'immeuble soit reconstruit après l'incendie, et que l'assurance n'ait pas désintéressé complètement le créancier hypothécaire, celui-ci verra renaître son hypothèque sur l'immeuble reconstruit. Qu'arrivera-t-il alors ? Le créancier sera-t-il, en vertu de la subrogation, primé par l'assureur pour la partie de la créance qui lui a été payée à titre d'indemnité et, en conséquence, ne viendra-t-il en ordre utile sur l'immeuble reconstruit qu'après l'assureur ?

Nous pensons que sans aucun doute, l'assureur doit être, dans ce cas, préféré à l'assuré, pour la partie remboursée. Toutes choses doivent en effet être remises en état et décider le contraire serait encore permettre à l'assuré de tirer un bénéfice de l'assurance.

« Ainsi, supposons que la perte soit de 3.000 fr. sur une créance de 4000 ; que l'immeuble rétabli a perdu de sa valeur par une circonstance quelconque, de telle façon que l'assureur, n'ayant pas l'antériorité d'hypothèque, ne rentre pas totalement, après vente, dans la créance de 3000 fr. qu'il a payés et pour lesquels il a obtenu subrogation, on pourra dire alors à l'assuré : Votre cré-

sureur.... Mais on répond et avec raison, que le créancier, désintéressé par un assureur, peut céder à celui-ci, en vertu de l'art. 1250, non pas les droits résultant pour lui du fait de l'incendie, mais tous ceux qu'il avait, avant le paiement de l'indemnité, contre le débiteur pour se faire rembourser du montant de sa créance. (Grün et Joliat, loc., cit., n° 300.

ance originale était de 4000 fr., or, nous vous avons remboursé déjà 3000 fr., mais l'immeuble reconstruit ne vaut aujourd'hui, vente faite, que 3000 fr. ; par l'effet de la priorité que vous conservez sur nous assureur, vous touchez encore 1000 fr. ; ce n'est pas juste : car si cette dépréciation de l'immeuble fût arrivée avant le premier incendie, vous n'auriez touché que 3000 fr., il faut donc que vous supportiez une perte de 1000 fr. » (1).

(1) Poujet, Journ. des ass. 1866. p. 97.

CHAPITRE V.

APPLICATION DE LA RÈGLE PROPORTIONNELLE.

Doit-on appliquer dans les règlements de l'assurance de la créance hypothécaire, les principes de la règle proportionnelle ?

On appelle ainsi, en matière d'assurance, la règle d'après laquelle, lorsqu'on ne fait pas assurer la totalité de l'objet soumis aux risques, on reste son propre assureur pour la différence non assurée.

La règle proportionnelle repose sur ce principe que le risque est indivisible, qu'il porte indistinctement, sur toutes les parties de l'objet assuré. « La quotité non assurée », dit Pardessus (1), « en parlant des assurances de marchandises du commerce maritime, « étant indivise avec celle qui l'a été, l'assureur et l'assuré sont réputés assureurs, par indivis, dans la proportion résultant de la police et du découvert, de la même manière que si les marchandises appartenant à plusieurs assurés avaient été confondues par un accident quelconque et avaient éprouvé dans cet état une dépréciation. »

(1) T. III, n° 760.

Des assurances maritimes ce principe est passé dans les assurances terrestres, et s'applique à l'assurance de la créance hypothécaire comme aux autres.

Le droit réel, — hypothèque ou privilège — objet de l'assurance est indivisible, dit l'article 2114 du code civil ; il porte indistinctement sur toutes les parties de l'immeuble qu'il grève, et suit, par conséquent absolument le sort de cet immeuble. Un incendie détruisant les deux tiers de l'immeuble, détruit les deux tiers de l'hypothèque ; s'il ne détruit l'immeuble que de moitié, le dommage éprouvé par l'hypothèque est également de moitié.

Lorsque l'hypothèque dont la valeur excède le montant de l'assurance disparaît entièrement par suite de l'incendie détruisant totalement l'immeuble, l'assureur doit payer la totalité de la somme assurée. Quant à la partie laissée à découvert, l'assuré en supporte seul la perte. Ce n'est qu'autant qu'une partie seulement de l'immeuble est détruite, que l'assureur ne paie qu'une partie proportionnelle de la somme assurée. Ainsi une hypothèque de 30,000 fr. n'est assurée que pour 20,000, c'est-à-dire jusqu'à concurrence des deux tiers de sa valeur ; si un incendie cause à l'immeuble sur lequel repose l'hypothèque assurée un dommage estimé 15,000 fr., l'assureur en supportera les deux tiers, soit 10,000 fr. et de son côté

l'assuré restant son propre assureur pour l'autre tiers, verra 5,000 fr. rester à sa charge.

Pour s'opposer à l'application de la règle proportionnelle et toucher l'indemnité complète de 20,000 fr., l'assuré pourrait faire l'objection suivante : « Je n'ai assuré que pour 20,000 fr. ma créance hypothécaire de 30,000 fr., parce que j'ai considéré que, pour me garantir, une hypothèque de 20,000 fr. suffisait, mon débiteur étant personnellement solvable pour le surplus. Je n'ai donc assuré que ce que je risquais de perdre par le fait de l'incendie ; dans l'espèce c'est le risque de solvabilité qui détermine l'assurance, c'est une chose divisible, une abstraction ».

On peut répondre qu'il ne faut pas oublier que ce n'est pas la solvabilité du débiteur que le créancier assure, mais son hypothèque. Or cette hypothèque porte d'une façon indivise sur toutes les parties de l'immeuble hypothéqué et il suffit qu'une partie de l'immeuble soit détruit pour qu'une partie de l'hypothèque aussi soit atteinte et dans la même proportion.

CHAPITRE VI

AVANTAGES DE L'ASSURANCE DIRECTE PAR LE CRÉANCIER

Les avantages que présentent aux créanciers hypothécaires ou privilégiés l'assurance faite directement par eux sont incontestables et subsistent même après la réforme introduite par la loi de 1889.

Cette nouvelle loi, en effet, ne porte pas remède aux grands inconvénients des autres moyens employés pour garantir les créanciers. La validité et le maintien de l'assurance dépendent toujours du débiteur qui peut résilier, ne pas renouveler, auquel l'assureur peut opposer des exceptions personnelles, des causes multiples de déchéance.

Le créancier traitant directement avec l'assureur ne peut, au contraire, se voir opposer que des exceptions qui lui sont personnelles et qui peuvent résulter de la non exécution des clauses de son contrat ; il n'est plus ainsi à la merci de son débiteur. « C'est là un immense avantage, et qui fait regretter que l'assurance de la créance hypothécaire ne soit pas entrée davantage dans la pratique, car elle se lie essentiellement à la conservation de la propriété et des droits réels qui la grèvent : elle est donc l'auxiliaire indispensable du crédit (1). »

(1) Poujet. *loc. cit.*, p. 100.

TROISIÈME PARTIE

LOI DU 19 FÉVRIER 1889

TITRE PREMIER

HISTORIQUE

Nous avons vu que, depuis fort longtemps, on s'était préoccupé, et à juste titre, de la situation des créanciers hypothécaires ou privilégiés vis-à-vis de l'indemnité due par les compagnies d'assurance, en raison de la destruction de la chose sur laquelle reposait leur gage.

Déjà en 1838, Grün et Joliat, fondateurs de la compagnie le Phénix, écrivaient (1) : « Lorsqu'en 1816, s'établit la première compagnie d'assurance mutuelle et plus tard en 1819 et 1820, lorsque les trois premières compagnies à primes furent organisées, le législateur pouvait, il devait même attendre les résultats de l'expérience, avant de consacrer d'une manière solennelle et définitive

(1) Journ. des ass., 1838, p. 9.

les principes d'un contrat que l'on n'avait pas encore pratiqué en France..... Le moment est venu de combler cette lacune de notre législation..... Parmi les questions d'intérêt général que soulèvera l'examen de notre loi sur les assurances, l'une des plus importantes est celle de l'immobilisation du fonds réparateur du dommage que réclament à la fois les propriétaires, les créanciers hypothécaires, les usufruitiers et tous ceux, enfin, qui ont un droit réel sur l'immeuble assuré. »

Des compagnies d'assurance contre l'incendie avaient bien essayé par des dispositions contenues dans leurs statuts, de conserver aux créanciers privilégiés et hypothécaires tous leurs droits sur l'indemnité de l'assurance.

Mais pour les raisons que nous avons données plus haut (1), ces dispositions ne purent être maintenues.

Nous avons vu que la jurisprudence tenta également, mais sans succès, d'arriver directement au même résultat (Arrêts des Cours de Colmar 25 août 1826 et de Rouen 27 décembre 1828).

Le législateur, à son tour, plusieurs fois saisi de la question, s'en occupa sans aboutir. Cependant des précédents existaient déjà. Quelques dispositions législatives en effet, avaient attribué les indemnités représentant une chose à ceux qui avaient des droits à prétendre sur cette chose.

(1) *Suprà*, p. 18.

Telle est la loi du 27 avril 1825 (art. 14) aux termes de laquelle, les créanciers inscrits sur les biens confisqués par l'Etat, en exécution des lois sur l'émigration étaient admis à faire valoir leurs droits sur l'indemnité accordée aux propriétaires dépossédés. — La même faveur était accordée aux créanciers ayant des droits de privilèges ou d'hypothèque à exercer sur les biens dont les anciens colons de Saint-Dominique avaient été dépossédés et dont ils avaient été indemnisés.

Telle est encore la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui attribue l'indemnité fixée par le jury aux ayants-droit, c'est-à-dire aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qui se sont faits connaître conformément à la loi (art. 17 et 53).

Annoncé dès 1825 (2) un projet de loi sur les assurances fut soumis en 1834 à l'examen du Conseil d'Etat.

Dans son article 14, ce projet portait : « L'indemnité due en cas de sinistre sera consignée s'il y a lieu, pour qu'il soit ultérieurement pourvu à sa distribution, dans l'ordre et suivant les règles qui seraient applicables à la distribution du prix de vente de l'objet assuré. »

(1) Grün et Joliat. loc., cit., n° 109.

(2) En 1824 et en 1825 on s'occupa dans les bureaux du ministère de l'intérieur d'une loi sur les assurances. — A cette époque, chaque compagnie d'assurance de la capitale fut invitée à rédiger ses observations en forme de projet de loi, et à les adresser au ministère de l'intérieur (Journ. des ass., 1837 p. 371).

Ce projet, après avoir subi dans la discussion au sein du Conseil d'Etat d'importantes modifications, fut soumis au Conseil Général de l'agriculture, du commerce et des manufactures. — L'article 14 du projet primitif devint l'article 13 du projet ainsi modifié : « Dans le cas de sinistre, l'indemnité due par l'assureur représente la chose assurée. En conséquence, lorsque l'assurance aura pour objet des choses mobilières, la somme assurée sera, s'il y a lieu, distribuée par contribution entre les créanciers opposants, suivant les formalités indiquées au titre XI du code de procédure civile, relatif à la distribution par contribution ; lorsque les immeubles auront été assurés, l'indemnité sera distribuée suivant l'ordre des privilèges et hypothèques. »

« Toutefois, l'assureur pourra se libérer, en se faisant autoriser par le tribunal à consigner ».

On ajoutait dans un article 14 : « Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'assureur aura toujours la faculté de rétablir en nature les objets assurés. »

« L'assuré jouira de la même faculté vis-à-vis de ses créanciers, en donnant bonne et valable caution. Le jugement qui statuera sur la demande de l'assuré, sur l'admission de la caution, autorisera le paiement entre ses mains de l'indemnité due par l'assureur, et déterminera le délai dans lequel l'objet assuré devra être rétabli. »

Puis dans un article 15 : « L'effet du rétablis-

sement de la chose assurée, dans les deux cas ci-dessus énoncés, sera de faire revivre avec elle tous les droits réels, privilèges et hypothèques dont elle pouvait être grevée. » (1).

En 1850 fut présenté, par le gouvernement, un projet de loi sur les privilèges et hypothèques. (2).

Longuement et scrupuleusement étudié, ce projet avait été précédé, dès 1841, de questionnaires adressés aux Cours d'appel et aux Facultés de droit. Une question spéciale y était posée relativement aux droits des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance due en cas d'incendie. « Lorsqu'un bâtiment est assuré », disait le questionnaire, « l'indemnité due par l'assureur doit-elle être immobilisée pour être distribuée selon l'ordre des hypothèques ? »

La plupart des cours souveraines qui examinèrent la question, notamment celles de Grenoble, d'Amiens d'Angers, de Rouen, de Nîmes, de Paris, d'Orléans, et, en outre, la Faculté de Grenoble se prononcèrent pour l'affirmative.

Des vœux émis par des conseils généraux, en demandant, à la même époque, une loi sur les assurances, exprimaient aussi le désir que les droits des créanciers fussent garantis sur l'indemnité due en cas de sinistre.

(1) Journ. des ass. 1837. p. 371.

(2) V. Moniteur universel, 1850, p. 2179 et 3547 ; 1851, p. 8 ; Rapport Persil, p. 213 ; Rapport Bethmont, p. 124 ; Rapport Vatimesnil, p. 18 et 59 ; Docum. hyp. de 1844 t. III p. 238, 243, 246 et suiv. 251, 252, 256.

Répondant à ces demandes et à ces vœux, la commission, chargée de la rédaction du projet, inséra dans celui-ci l'article suivant : « Article 2095. — Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers, auront été assurés, soit contre l'incendie soit contre tout autre fléau, la somme qui, en cas de sinistre, sera due par l'assureur à l'assuré, sera affectée au paiement des créances hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles. »

« Il en sera de même de toute indemnité qui serait due par des tiers, à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque ».

« Il n'est rien innové aux lois concernant les assurances maritimes ».

Dans son remarquable rapport, M. de Vatimesnil, rapporteur de la commission, donnait les motifs de cette réforme. « Le but que le gouvernement veut atteindre », disait-il, « est double. Il ne s'agit point seulement de créer un système hypothécaire plus simple et plus parfait, il faut organiser le crédit foncier, en élargir les bases. Les auteurs du projet ont pensé, avec raison, que la loi, en diminuant les risques des prêteurs, rendrait les emprunts plus fréquents, ferait baisser le taux de l'intérêt (1). »

« La question d'organisation des assurances », disait un orateur dans la discussion du projet (2),

(1) *Moniteur universel*, 1851, p. 1808.

(2) *Moniteur universel*, 1851, p. 2179. (Discours de M. Hennequin).

se lie étroitement à la question du crédit ; on ne saurait avoir de bonne organisation du crédit sans avoir en même temps une bonne organisation des assurances. »

« Il est étrange que, dans notre pays, on soit assez peu avancé pour qu'on ait besoin de décider ce point de savoir si, lorsqu'une maison est brûlée, les titres hypothécaires qui reposaient sur la maison conservent leur valeur sur l'indemnité due par les compagnies d'assurance. »

Malheureusement ce projet, comme les autres, n'aboutit pas et fut enfoui dans les cartons pour ne plus en sortir que par occasion, en 1889.

Quelques années plus tard, une loi rendue sur une matière spéciale, fit cependant l'application à un cas particulier de la réforme proposée et qui, en 1850, avait reçu l'approbation unanime du Parlement. Dans son article 10, la loi du 28 mars 1858 décide que les porteurs de récépissés et de warrants ont, sur les indemnités d'assurance dues en cas de sinistre, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée.

Et, en 1874, la loi du 10 décembre rendant les navires susceptibles d'hypothèque, avait son article 17 ainsi conçu : « En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, les droits des créanciers s'exercent sur les choses sauvées ou sur leur produit, alors même que les créances ne seraient pas encore échues. Ils s'exercent également, dans l'ordre des inscriptions, sur le produit des assurances

qui auraient été faites par l'emprunteur sur le navire hypothéqué.— Dans le cas prévu par le présent article, l'inscription d'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. — Les créanciers inscrits ou leurs cessionnaires peuvent, de leur côté, faire assurer le navire pour la garantie de leurs créances. »

Les compagnies d'assurance maritime opposèrent à cette disposition une résistance telle qu'elle menaça de tenir en échec l'application de la nouvelle législation sur l'hypothèque maritime. « Elles s'étaient persuadées, à tort peut-être, que le droit ainsi reconnu au profit des créanciers hypothécaires les laissait exposées à la chance de faire, malgré toute leur prudence, des paiements qui ne seraient pas libératoires » (1).

On reprocha en outre à cette loi de nuire aux armateurs, de compliquer les rapports entre ces derniers et les assureurs en ce que, comme l'inscription de l'hypothèque valait opposition, les armateurs pouvaient être contraints par les assureurs de produire un certificat négatif avant de toucher une indemnité quelconque, et que les assureurs avaient à rechercher s'il existait ou non des hypothèques sur le navire assuré. On faisait remarquer aussi que les créanciers hypothécaires, pouvant seuls invoquer le bénéfice de la loi nou-

(1) Bufnoir : *Annuaire de législation étrangère*, 1885, p. 203; voir aussi Lyon-Caen : *Gaz. des tribunaux*, 1^{er} et 2 avril 1874.

velle à l'exclusion des créanciers privilégiés, il y avait, en ce cas, perturbation fâcheuse dans le régime hypothécaire français (1).

Ces critiques plus ou moins justes, et d'autres encore, amenèrent l'abrogation de la loi de 1874, sinon par une disposition expresse, du moins implicitement par le silence très significatif de la loi du 10 juillet 1885 intitulée loi tendant à modifier la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime.

(1) Darras et Tarbouriech. loc., cit., n° 20, p. 16 et autres cités en note.

TITRE II

TRAVAUX LÉGISLATIFS

SÉNAT

Dans sa séance du 20 juillet 1882, le Sénat fut saisi d'un projet de loi, comprenant un vaste ensemble de réformes et ayant pour titre : « Projet de loi sur l'organisation du crédit agricole mobilier. »

Après avoir traversé de nombreuses vicissitudes et subi d'innombrables changements, ce malheureux projet arriva en fin de compte, d'échecs en échecs, à ne plus comprendre que deux dispositions qui n'ont entre elles aucun lien apparent, et qu'on voit avec étonnement réunies dans la même loi : l'une ayant pour objet la restriction du privilège du bailleur, et l'autre l'attribution des indemnités d'assurance et d'autres indemnités aux créanciers dans l'ordre de leur privilège ou de leur hypothèque.

Comment cette dernière disposition qui seule ici nous intéresse, a-t-elle été introduite tout d'abord dans un projet de loi ayant pour objet le crédit agricole mobilier et comment, alors qu'elle n'avait qu'une importance très secondaire dans

l'ensemble du projet, a-t-elle subsisté à peu près seule à la ruine de toutes les autres ? C'est ce que nous apprendra une rapide étude des travaux législatifs.

Projet primitif. — Le projet primitif du gouvernement, tel qu'il fut tout d'abord élaboré par une commission extra-parlementaire nommée en 1879, et déposé le 20 juillet 1882 sur le bureau du Sénat par MM. de Mahy et Léon Say, était divisée en trois titres, et comprenait dans son titre deuxième intitulé : “ Organisation du nantissement agricole ” ; un article 16 ainsi conçu : « Tous les privilèges mobiliers s'exercent, dans l'ordre de leur classement, sur les indemnités dues par les compagnies d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, la mortalité des bestiaux et autres risques agricoles. »

Sur cet article, l'exposé des motifs précédant le projet de loi disait : « L'article 16 du projet de loi reproduit l'article 16 de la proposition de la commission, et M. le Ministre de la Justice exposait que, cette disposition consacrant un principe juste, mais dont la portée était générale, il verrait avantage à la détacher d'un projet de loi exclusivement relatif à l'organisation du crédit agricole et à en faire l'objet d'une loi spéciale. Mais comme M. le Ministre de la Justice ajoutait que cette observation ne pouvait retarder l'examen du pro-

(1) Journ. off. 1882, p. 471, n° 407, Ann. Sénat.

jet de loi par le parlement, le Ministre de l'Agriculture a pensé qu'il était préférable de ne point séparer la disposition dont il s'agit, de celles intéressant le nantissement agricole qu'elle doit compléter, sauf à la comprendre plus tard dans une loi générale, si cette loi générale était jugée utile. »

M. Labiche, sénateur d'Eure-et-Loire, nommé rapporteur de la commission du Sénat chargée d'examiner le projet, déposa son rapport dans la séance du 31 juillet 1883.

Deuxième projet. — Rapport de la commission du Sénat. (1) — Le projet primitif modifié par la commission était divisé en quatre titres. Le titre III traitait de la subrogation de plein droit des privilèges mobiliers sur les indemnités dues par les compagnies d'assurances et l'article 16 était devenu l'article 25 ainsi conçu : « Tous les privilèges mobiliers s'exercent dans l'ordre de leur classement sur les indemnités dues par les compagnies d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux et les autres risques. — Néanmoins les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. »

Le rapport en justifiant cette disposition indiquait en même temps la relation qu'elle avait avec l'ensemble du projet et le crédit mobilier ; « Cette disposition, absolument conforme à l'équité, est de nature à favoriser le crédit mobilier ; elle dis-

(1) Journ. off., Ann. Sénat., p. 996, n° 464.

pense de formalités inutiles, elle édicte une règle claire et précise, et ne laisse subsister aucun doute tout en ne laissant place à aucun abus. »

Expliquant l'article 25, le rapport ajoutait : « Déjà le texte proposé par le gouvernement constituait une réforme générale s'appliquant à tous les privilèges mobiliers sans exception. Il nous a paru préférable de ne pas encadrer cette disposition au milieu des règles relatives à un seul des privilèges mobiliers : le nantissement sans déplacement de gage. »

« Le classement sous un titre particulier affirme mieux le caractère général de la réforme ; il nous a suffi de reproduire le texte de l'ancien article 16, en effaçant toutefois le mot *agricole* qui paraissait limiter l'indemnité. »

« Une disposition additionnelle sauvegarde les intérêts des compagnies d'assurance, dont les paiements faits de bonne foi, avant opposition sont toujours valables. »

« Enfin le rapport concluait sur ce point : « Les réformes que nous venons d'exposer nous ont paru les meilleures pour faire disparaître les obstacles que la législation actuelle oppose au développement du crédit. »

Première délibération générale. — 30 novembre 1883 (1). — Le 30 novembre 1883, le projet fut soumis à l'épreuve d'une première discussion gé-

(1) Journ. off. Senat in ext., 1883, p. 1387.

nérale. Vigoureusement attaqué par M. Oudet, sénateur du Doubs, il subit, dans son ensemble, un rude échec, et, sur la proposition de M. de Parieu, président de la commission, on le renvoya à celle-ci, pour le modifier et l'élaborer à nouveau dans le sens indiqué par cette première délibération et dans celui que désignerait une enquête extra-parlementaire demandée par la commission et à laquelle procéda le gouvernement.

Troisième projet. — Rapport supplémentaire de la commission du Sénat. — 6 octobre 1887 (1).

— Dans la séance du 6 décembre 1887, le rapport supplémentaire de la commission, encore rédigé par M. Labiche, fut déposé.

Dans le chapitre 1^{er} de son exposé des motifs, le rapporteur indiquait l'état de la question, les résultats de l'enquête complémentaire faite par la Société nationale d'agriculture qui avait fait appel à tous ses représentants en France et à l'étranger et les modifications apportées au projet primitif de la commission.

Tout d'abord il justifiait le changement de titre du projet de loi, qui ne s'appellerait plus « Loi sur l'organisation du crédit agricole mobilier », mais « Loi ayant pour objet de faciliter le crédit agricole ». Puis il indiquait que le projet se trouvait réduit à trois titres, les trois derniers du précédent projet, savoir :

(1) Journ. off. Sénat annex., 1887, p. 36, n° 63.

Titre I. Restriction du privilège du bailleur.

Titre II. Subrogation de plein droit des privilèges mobiliers sur les indemnités dues par les compagnies d'assurance.

Titre III. Commercialisation des billets à ordre.

Dans un chapitre deuxième, l'exposé des motifs explique les articles du projet.

Sur le titre deuxième, reproduisant les justifications données dans son premier rapport, M. Labiche ajoutait : « L'article 12 de la loi italienne du 23 juillet 1887 édicte une prescription analogue : « Si les objets hypothéqués, sont assurés, les sommes dues par les assureurs à titre d'indemnité, en cas de perte ou de détérioration sont affectées au paiement du privilège, suivant son rang, à moins qu'elles ne soient employées à réparer la perte ou le dégât ».

Le texte de l'article 25 de l'ancien projet était devenu, sans autre changement, l'article 2 du nouveau.

Quatrième projet. — Délibération générale. — 31 janvier 1888 (1). — Dans l'intervalle qui sépara le dépôt de ce second rapport de la discussion générale qui s'ouvrit, par la lecture des articles, le 31 janvier 1888, le projet subit encore une profonde modification. Ne visant jusqu'alors que les privilèges mobiliers, la disposition devint générale et s'appliqua à tous les créanciers privilégiés

(1). Journ. off. Senat in ext., 1888, p. 53.

ou hypothécaires, par sa nouvelle rédaction ainsi conçue : « Les indemnités dues par les compagnies d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, la mortalité des bestiaux, ou autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang ».

« Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. »

Dans la discussion générale qui eut lieu en première lecture, le 31 janvier 1888, M. Labiche fait connaître, que depuis le dépôt du rapport (6 décembre dernier), l'opinion du gouvernement sur les dispositions arrêtées par la commission ont modifié le projet. Puis il insiste, pour déterminer quel est exactement le but du projet, préciser la question, en déterminer les limites.

M. Lacombe explique le changement de titre : « Le projet ne s'appelle plus : « Loi sur l'organisation du crédit agricole » ; mais : « Loi ayant pour objet de faciliter le crédit agricole. » Le titre est plus modeste, mais il faut reconnaître que c'est à juste titre ; car ce que nous apporte la commission est réellement si peu de chose, que je crains bien etc... Je dois ajouter, que cette déception paraîtra justifiée, lorsqu'on se rendra compte du peu d'effet qu'auront les dispositions du projet en vue de faciliter le crédit agricole, ainsi que le recherche la commission. »

« La modification apportée à l'article 2 », ajoute

M. Lacombe, « ne rencontrera probablement de difficultés d'aucun côté. Il y a longtemps, en effet que l'on reconnaît qu'il y a là une lacune dans la législation ; l'indemnité allouée par une compagnie d'assurance contre l'incendie, en cas de sinistre, devrait remplacer l'immeuble, comme gage des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur l'immeuble sinistré. »

« On peut en dire autant des autres indemnités pouvant être allouées à titre d'assurance pour grêle, accidents, perte de bestiaux et autres causes. »

« Il ne s'agit plus de faciliter au cultivateur, l'usage du crédit qu'il peut avoir. »

Discussion des articles. — 1^{re} délibération. — 2 février 1888. — Le 2 février 1888, la discussion s'ouvrit sur l'article 2. — M. Lenoël, tout en approuvant cette disposition, fait observer qu'elle n'est pas à sa place dans une loi spéciale et demande à ce qu'elle soit généralisée, car il la trouve insuffisante. Il faut l'étendre, d'après lui, à l'indemnité due en vertu de l'article 1773, pour risques locatifs et décider que cette indemnité devra être attribuée directement, et par privilège au propriétaire.

« D'autre part, dit-il, la commission a encore oublié une autre situation d'un ordre plus intéressant à coup sûr que celle du créancier privilégié

ou hypothécaire, ou que celle du propriétaire dans le cas d'assurance des risques locatifs. Je veux parler du cas très fréquent, où une assurance a été faite par un industriel contre les accidents que subissent les ouvriers dans l'exercice de leur profession. Si l'ouvrier, victime de l'accident, exige, et c'est bien légitime, la réparation du malheur qui lui est arrivé et que l'industriel soit en faillite, peut être par suite du sinistre qui s'est produit chez lui et dans lequel l'ouvrier a été blessé, cet industriel ou son syndic se retournera contre la compagnie assureur : celle-ci versera dans la masse et l'ouvrier, à qui l'on a voulu assurer une indemnité, ce pauvre ouvrier blessé, ne viendra qu'au prorata, comme tous les autres créanciers, il ne profitera pas du bénéfice de l'assurance qui avait cependant été contractée en vue de sa situation particulière ».

« Mais toutes ces questions, ajoute M. Lenoël, sont des points tout à fait spéciaux qui, résolus dans une loi intitulée : Loi ayant pour objet de faciliter le crédit agricole, ne sont évidemment pas à leur place. »

« Il faut donc transporter ces dispositions de la loi sur le crédit agricole à l'article 1251 du code civil qui traite de la subrogation légale au profit des créanciers, et compléter cet article 1251 des paragraphes suivants : La subrogation a lieu de plein droit ». 5° au profit des propriétaires de l'immeuble incendié, des créanciers privilégiés ou

hypothécaires, suivant leur rang, pour les indemnités dues par les compagnies d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques. — 6° au profit des ouvriers ou employés, pour les indemnités dues par les assurances contre les accidents, dont ils sont victimes. »

M. Labiche fait remarquer que la modification de rédaction demandée par M. Lenoël et qui aurait pour résultat de rattacher l'article 2 du projet à l'article 1251 du code civil, est une simple question de forme qui ne touche en rien au principe. Mais, en demandant qu'on étende ce principe aux indemnités dues par suite d'accidents, il sort du cadre de la réforme proposée ; car il ne s'agit plus de privilège ou d'hypothèque. La commission n'a pu examiner ce point qui doit être réservé, sauf à être repris plus tard.

M. Clément demande qu'on réserve l'article 2 lui-même : « Les questions soulevées par M. Lenoël, » dit-il, « sont très importantes, très épineuses, et, à mes yeux, loin de rentrer dans le cadre de l'article 1251 du code civil, elles sont en opposition avec ces dispositions. Suivant moi, en effet, l'article 1251 n'accorde la subrogation qu'à ceux qui paient pour autrui. — Or, les situations qui ont été indiquées par l'honorable M. Lenoël ne sont pas les mêmes ; il ne s'agit pas ici de gens qui payent pour autrui. Elles ne peuvent donc pas rentrer dans la même règle de droit. »

M. Lacombe fait remarquer que l'article 2 introduit dans la législation une dérogation grave aux principes du droit civil, en matière de transport de créance.

« D'après le texte de l'article 2 du projet, » dit-il, « les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires sont transportés de plein droit sur les [indemnités qui sont allouées par les compagnies d'assurance à la suite du sinistre. C'est là une modification complète au droit actuel, non seulement en ce sens qu'aujourd'hui, cette subrogation n'existe pas de plein droit, mais, en outre, en ce sens que le projet fait échapper une série de valeurs mobilières, de créances, aux dispositions de l'article 1690, d'après lesquelles le cessionnaire n'est saisi au regard des tiers que par la notification du contrat de cession. »

« D'autre part, la commission ne paraît pas s'être préoccupée d'un point, qui présente les plus sérieuses difficultés et qui appelle la rédaction d'un nouveau texte, tout au moins à titre de disposition transitoire. »

« Il existe nombre de contrats, d'obligations hypothécaires dans lesquels figure la cession éventuelle, en faveur des créanciers, des indemnités qui pourront être dues par une compagnie d'assurance contre l'incendie. D'après la jurisprudence actuelle, en cas de sinistre, l'indemnité appartiendra au créancier cessionnaire, pourvu qu'il ait fait

notifier la cession ; en cas de concours, à celui qui aura effectué le plus tôt cette notification.

Dans l'avenir, au contraire, si le projet est voté, les créanciers privilégiés ou hypothécaires auront un droit sur l'indemnité, non plus d'après la date de la signification de leur cession, mais d'après le rang de leur privilège ou de leur hypothèque. C'est ainsi que pour l'avenir l'ordre des droits de préférence ne sera plus le même que pour le passé. »

« Par conséquent, ce serait le cas où jamais, si l'on abandonne pour l'avenir l'article 1690, et si on lui substitue un principe tout autre et devant donner des résultats tout opposés, de rédiger une disposition de loi transitoire, afin de régler la situation que feront aux parties les conflits entre l'application de la loi future et celle des contrats déjà existants. »

« Il y a donc plusieurs questions, toutes délicates à résoudre. »

« Lorsqu'on touche au droit civil, il faut le faire avec une grande prudence. Il faut étudier avec soin, les moindres changements qu'on propose, car les conséquences des textes, dont on entend une lecture rapide, de ceux même que l'on a rédigés avec soin, peuvent passer fort bien inaperçues. »

En conséquence M. Lacombe demande le renvoi à la commission. — Le renvoi est adopté.

Séance du 10 février 1888 (1). — Le 10 février 1888, M. Labiche fait connaître que la commission

(1) Journ. off. Sénat in extenso, p. 132 et s.

a été d'avis que la disposition de l'article 2, ne serait pas à sa place dans l'article 1251 qui traite de la subrogation, à la suite d'un paiement, puisqu'il n'y avait pas lieu, dans notre loi actuelle qui a pour objet de faire produire, en cas de sinistre, leur effet utile à des privilèges ou à des hypothèques déjà existants, de créer de nouveaux privilèges, prenant leur origine dans le fait d'un sinistre. — En conséquence, le Sénat repousse l'amendement de M. Lenoël et adopte l'article 2 ainsi conçu : « Les indemnités dues par les compagnies d'assurances, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux, ou les autres risques sont attribuées, sans qu'il soit besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. »

« Néanmoins les paiements faits de bonne foi, avant opposition, sont valables. »

Discussion des articles. — Deuxième délibération. — 23 février 1888. (1) — Le projet revint en deuxième délibération devant le Sénat le 23 février 1888.

Le rapporteur explique la très légère modification de rédaction apportée par la commission au texte primitivement voté par le Sénat.

« La rédaction première disait : Les indemnités dues par les compagnies d'assurance etc.... Mentionner les compagnies d'assurance, c'était restreindre l'application de la loi au cas le plus ordi-

(1) Journ. off. Sénat in ext. p. 179 et suiv.

naire : celui où l'assurance est faite par une compagnie. Nous savons qu'il pouvait y avoir des assurances qui n'étaient pas l'œuvre d'une compagnie, des assureurs qui n'étaient pas constitués en compagnie ; cela a lieu notamment pour les assurances maritimes. »

M. Lenoël revient sur son amendement et dit maintenir les raisons qu'il a données devant le Sénat le 2 février. Il dit qu'il ne comprend pas, comment l'article 2, auquel il est favorable en principe, qui est général, qui entend régler le point de savoir à qui appartiendra l'indemnité due par une compagnie ou par un assureur, peu importe, qui s'applique à l'incendie de la Belle-Jardinière qui vient d'avoir lieu, peut trouver place dans un projet de loi qui a pour titre : *Projet de loi sur l'organisation du crédit agricole mobilier.* »

Malgré ces justes observations, l'article 2 est adopté.

Séance du 6 mars 1888 (1). — Dans la séance du 6 mars 1888, la discussion porta sur les deux amendements proposés par M. Lacombe.

Le premier de ces amendements tend à compléter l'article 2 déjà voté, par deux dispositions ainsi conçues :

« Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du code civil ».

(1) Journ. off. Sénat, in extenso, 1888, p. 254 et s.

« En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants-droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité, sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, aient été désintéressés des conséquences du sinistre ».

Pour justifier ces nouvelles dispositions, M. Lacombe fait remarquer, en premier lieu, qu'il y a des indemnités tout à fait du même ordre que les indemnités dues en cas de sinistre par les compagnies d'assurance et que la substitution des droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires devrait être applicable à ces indemnités-là, aussi bien qu'à celles qu'aurait pu devoir une compagnie d'assurance.

« On trouve juste en effet », dit-il, « que si l'immeuble est assuré, l'indemnité soit, à la suite du sinistre, dévolue désormais hypothécairement aux créanciers ; mais si l'immeuble non assuré est entre les mains d'un locataire responsable de l'incendie, d'après les dispositions de l'article 1733 du code civil, l'indemnité, due par le locataire en vertu de la responsabilité qui lui incombe, a évidemment le même caractère vis-à-vis du propriétaire et de ses créanciers que celle que devrait, en cas de sinistre, la compagnie d'assurance ; si l'une de ces indemnités doit être distribuée entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang, au lieu de grossir la masse chiro-

graphaire, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même de l'autre ».

M. Lacombe fait observer en deuxième lieu que, jusqu'à présent, l'indemnité due en cas de sinistre, à la suite de l'assurance des risques locatifs ou du recours du voisin, n'est pas dévolue, d'une manière spéciale, au propriétaire dont l'immeuble a été incendié; il peut être ruiné par le fait du locataire; celui-ci peut, de son côté, n'avoir rien à perdre, parce qu'il est suffisamment assuré; mais au lieu de servir à réparer les conséquences du sinistre, l'indemnité est le gage des créanciers du locataire, dont la situation pourra être ainsi rendue meilleure par la faute imputable à leur débiteur; le propriétaire sera primé par les cessionnaires de l'indemnité, ou, s'il n'y a pas de cession, il viendra au marc le franc avec tous les créanciers saisissants.

« Il y a là une situation anormale à laquelle mon article additionnel a pour but de remédier. Il dispose qu'en cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'indemnité ne pourra être perçue, soit par le locataire, soit par le voisin, soit par leur ayant-droit, c'est-à-dire leur créancier ou cessionnaire, qu'après que le propriétaire ou le voisin auront été désintéressés des conséquences du sinistre. Cette disposition vient donc encore compléter le système adopté par la commission et par le Sénat dans l'article 2; il s'agit toujours de la substitution de l'indemnité à l'objet lui-

même détruit par le sinistre, pour l'exercice des droits du propriétaire et de ses créanciers hypothécaires ou privilégiés.

Le deuxième amendement proposé par M. Lacombe et devant former un deuxième article additionnel à celui déjà voté est une disposition transitoire ainsi conçue : « Les dispositions de l'article 2 ne préjudicieront pas aux droits des intéressés dans le cas où l'indemnité aurait fait l'objet d'une cession éventuelle à un tiers par acte ayant date certaine au jour où la présente loi sera exécutoire, à la condition toutefois que le transport, s'il n'a pas été notifié antérieurement en conformité de l'article 1690 du code civil, le soit au plus tard dans les six mois qui suivront. »

Et il justifie cette disposition en ces termes : « Il va y avoir conflit entre la nouvelle disposition et le droit des cessionnaires existant à l'heure actuelle. Désormais, en effet, à côté de la délégation conventionnelle qu'on stipulait souvent dans les contrats, il existera une délégation de plein droit au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Il y a donc utilité de voter une disposition transitoire, pour régler le passage de la loi actuelle à la loi future. »

« Cette disposition n'est pas nécessaire pour le cas où la délégation est devenue parfaite par la notification au débiteur, mais tous les concessionnaires éventuels n'ont pas la précaution de régulariser de suite leur situation ; beaucoup sont res-

tés sur la foi d'une cession non notifiée, mais qu'ils savent pouvoir régulariser aussitôt qu'ils le jugent à propos. Il me semblerait excessif et même injuste de déclarer que, par cela seul que la notification prévue par l'article 1690 n'aurait pas été faite au moment où la loi sera promulguée et où elle sera devenue exécutoire, le délégataire aura perdu tous ses droits. »

« Jusqu'à présent, toutes les fois qu'il a prescrit, à peine de déchéance, une formalité nouvelle, le législateur a cru devoir accorder un certain délai pour permettre au retardataire de se mettre en règle. »

« La chose est d'autant plus nécessaire que cette modification de la législation actuelle se trouvera perdue et dissimulée, en quelque sorte, dans une loi d'un caractère spécial qui n'attirera pas tout d'abord l'attention des intéressés.

« Il sera nécessaire de leur faire connaître, d'une façon toute particulière, qu'une loi sur le crédit agricole contient une disposition générale et leur impose, à peine de déchéance, de faire notifier le transport dont ils sont bénéficiaires, sans quoi, ils seront désormais primés par les créanciers hypothécaires et privilégiés. »

En ce qui concerne le premier amendement, M. Oudet fait une question : « Si l'incendie prend dans la maison dont le locataire est un cohabitant, mais dans des circonstances telles que le locataire ne sera pas responsable vis-à-vis du propriétaire,

les créanciers du propriétaire ou le propriétaire lui-même, auront-ils le droit de demander à l'assureur du locataire non responsable le bénéfice de l'indemnité ? »

« Evidemment non », répond M. Lacombe, « car on ne change rien aux dispositions de l'article 1733, ni aux principes applicables à l'assurance des risques locatifs. Cette assurance est toujours faite dans des conditions telles que la compagnie d'assurance ne doit l'indemnité que si le risque locatif est en jeu, c'est-à-dire si, d'après l'article 1733, le locataire est responsable. »

« Nous ne modifions pas cet article, nous ne modifions pas d'avantage la portée du contrat, nous nous bornons à dire que lorsqu'il y aura lieu à indemnité, cette indemnité sera dévolue au propriétaire de préférence aux autres créanciers. »

Au délai de six mois proposé par M. Lacombe, M. Paris, au nom de la commission, propose un délai de quinze jours. Sur l'observation de M. Munier, on accepte un mois.

M. Trarieux dit qu'il ne comprend pas très bien le but de la disposition transitoire : « Il me semble », dit-il, « que le principe de droit commun suffit ici pour garantir les droits des intéressés auxquels cette disposition s'appliquerait. En effet, le droit commun, c'est que la loi ne pourrait pas avoir d'effet rétroactif, c'est que tout ce que nous pourrions voter ne pourrait réagir contre ceux qui, par un acte antérieur ayant date certaine,

auraient obtenu la cession éventuelle des indemnités, qui peuvent être dues par les compagnies d'assurance. Quelle est alors l'utilité de la disposition transitoire ? »

« La loi ne peut avoir d'effet rétroactif, » répond M. Lacombe, « par conséquent, nous sommes parfaitement d'accord que l'avantage concédé par l'article 2 aux créanciers privilégiés et hypothécaires, ne peut avoir pour effet de détruire les droits du créancier délégataire, lorsque celui-ci sera complètement en règle, c'est-à-dire lorsque la cession ou délégation sera devenue parfaite par la notification ou l'acceptation authentique. — Mais en réalité, il y a bien des cessions qui existent à l'heure actuelle, mais qui n'ont pas reçu le complément nécessaire à assurer tous leurs effets, qui n'ont pas été notifiés. »

« Il en est ainsi fréquemment, parce que l'attribution d'indemnité étant éventuelle, la délégation ayant le même caractère, l'on n'a pas attaché une importance fort sérieuse à la notification. J'ajoute que c'est, dans tous les cas, une situation qui se produira nécessairement au jour de la promulgation de la loi ; il y aura des cessions d'indemnité consenties à une date trop récente pour que le cessionnaire ait eu le temps matériel nécessaire à la faire notifier. »

Toutes les fois que l'on a rendu obligatoire, à peine de déchéance, une formalité qui n'était pas exigée jusqu'alors avec la même rigueur, on a ac-

cordé, en quelque sorte, un délai de grâce aux intéressés pour se mettre en règle, s'ils ne s'y trouvaient pas. »

« J'estime qu'il doit en être de même dans la loi actuelle. »

Après une dernière observation de M. Oudet combattant vivement l'ensemble de la loi, ses dispositions disparates et principalement l'article 2, on adopte celui-ci définitivement, ainsi que les deux articles additionnels qui deviennent les numéros 3 et 4, et c'est à peu près tout ce qui reste de la loi, vague souvenir du premier projet.

M. Delsol demande que le titre soit changé, comme n'ayant plus aucun rapport avec le crédit agricole. Le Sénat fait droit à cette demande et donne à la loi le titre définitif suivant : « Loi sur la restitution du privilège du bailleur d'un fonds rural et l'attribution des indemnités d'assurance. »

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

La Chambre des députés fut saisie du projet de loi voté au Sénat par M. Viette, ministre de l'agriculture le 27 juin 1888 et, le 17 novembre suivant la commission chargée de l'étudier déposa son rapport rédigé par M. Manoury.

Rapport de la commission (1). — Tout en cons-

(1) Journ. off. Chamb. des dép., 1888. Ann. t. II, p. 547, n° 3194.

tatant le manque de lien qu'ont entre elles les dispositions du projet tel qu'il était consacré par le Sénat, le rapport en propose cependant l'admission. Ces dispositions, » dit-il, « se justifient fort bien. L'article 2 pose le principe que le montant des indemnités dues, en cas de sinistre, par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il soit besoin d'une délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. Ces indemnités seront considérées comme la représentation de l'objet sinistré au même titre que le prix de vente de cet objet. Il est possible que cette disposition soit contraire aux principes absolus du droit, car elle fait survivre le droit réel de privilège ou d'hypothèque à l'existence de l'objet sur lequel ce droit réel a été constitué ; mais il est certain qu'elle est conforme à l'équité. L'article 2 décide d'ailleurs que si le débiteur de l'indemnité a payé avant de connaître le droit de préférence, il ne peut être tenu de payer deux fois. »

Sur l'article 3 le rapport dit : « La somme due par le locataire, à raison de l'incendie qui a pris dans l'appartement à lui loué, ou par le voisin qui a communiqué cet incendie, sera considérée aussi comme la représentation de l'immeuble et distribuée suivant les mêmes règles que l'aurait été le prix de vente. »

« Lorsque le locataire et le voisin se sont fait assurer pour le montant de l'indemnité qui pourra

leur être réclamée par le propriétaire incendié, il est clair que leur droit de réclamer le versement, à leur profit, de cette indemnité, ne naîtra que lorsqu'ils l'auront payée au propriétaire ; car c'est contre le risque de ce paiement qu'ils ont contracté l'assurance. C'est pourquoi l'article 3 décide qu'ils ne pourront toucher l'indemnité que s'ils justifient avoir désintéressé le propriétaire incendié ou les tiers qui seraient subrogés à ses droits, soit par un transport, soit en vertu de l'attribution résultant de la loi projetée ; il est clair qu'en pratique, le propriétaire ou les tiers pourront avoir été désintéressés au moyen d'une délégation de l'indemnité due par l'assureur. »

« L'article 4, » dit le rapport, « paraît également pleinement justifié. Une disposition transitoire est juste et nécessaire ».

La loi fut votée sans débats les 26 janvier et 5 février 1889 et promulguée le 19 février 1889.

Elle a pour titre : Loi relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances.

Et son texte est ainsi conçu :

TEXTE DE LA LOI

Article 1. — Le privilège accordé au bailleur d'un fonds rural par l'article 2102 du code civil ne peut être exercé, même quand le bail a acquis date certaine, que pour les fermages des deux dernières années échues, de l'année courante et d'une

année, à partir de l'expiration de l'année courante, ainsi que pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être accordés par les tribunaux.

La disposition contenue dans le paragraphe précédent ne s'applique pas aux baux ayant acquis date certaine avant la promulgation de la présente loi.

Article 2. — Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang.

Néanmoins les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables.

Article 3. — Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du code civil.

En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants-droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, aient été désintéressés des conséquences du sinistre.

Article 4. — Les dispositions de l'article 2 ne préjudicieront pas aux droits des intéressés dans le cas où l'indemnité aurait fait l'objet d'une cession éventuelle à un tiers, par acte ayant date certaine

au jour où la présente loi sera exécutoire, à la condition toutefois, que le transport, s'il n'a pas été notifié antérieurement, en conformité de l'article 1690 du code civil, le soit au plus tard dans le mois qui suivra.

TITRE III

COMMENTAIRE

Si nous nous sommes si longuement étendus sur les travaux préparatoires, c'est que par l'extrême concision et, en même temps, par la généralité de ses termes, la loi du 19 février 1889 a besoin, pour être bien comprise, autant du moins qu'il est possible, d'être éclairée par les discussions, les discours et les explications diverses d'où elle est née.

A s'en tenir à la stricte interprétation de son texte, on est exposé à commettre de nombreuses erreurs, car l'intention du législateur, non seulement n'y est pas toujours révélée, mais y est souvent mal exprimée.

Dans sa partie dite relative à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurance, la loi du 19 février 1889 contient deux dispositions absolument distinctes qu'il convient tout d'abord de bien séparer, puis d'étudier l'une après l'autre. Des principes différents seront en effet applicables dans un cas et dans l'autre.

La première de ces dispositions, que nous étudierons dans un chapitre premier, a trait à l'attribution des indemnités dues au sinistré, soit par l'as-

sureur direct de la chose détruite par l'incendie, soit par le locataire ou le voisin responsable de cet incendie (art. 1733 et 1382 cod. civ.). Elle est comprise dans l'article 2, dans le paragraphe 1^{er} de l'article 3 et dans l'article 4.

La seconde a trait à l'attribution des indemnités dues par l'assureur de la responsabilité locative ou de voisinage. Elle est contenue dans le § 2 de l'article 3 et aurait dû, dans une loi bien faite, former un article spécial, de même que le § 1^{er} de l'article 3 aurait dû se trouver entre le 1^{er} et le 2^e alinéa de l'article 2. Cette deuxième disposition fera l'objet d'un chapitre second.

Il est bon tout d'abord de remarquer que ce n'est pas uniquement de l'attribution des indemnités d'assurance que s'occupe notre loi, mais d'autres indemnités ; que, par conséquent, nous sommes fondés à critiquer son titre aussi bien que sa forme. Les indemnités dues par le locataire et par le voisin, en vertu des articles 1733 et 1382, sont bien dues, il est vrai, à la suite d'un sinistre ; le dommage, cause de l'indemnité, est bien l'incendie, mais elles ne sont pas dues par suite d'assurance. Ainsi que nous le verrons, en effet, c'est précisément dans le cas où il n'y a pas d'assurance contractée que la loi s'occupe de l'attribution aux créanciers de ces sortes d'indemnités.

CHAPITRE I

ATTRIBUTION DES INDEMNITÉS DUES, EN CAS DE
SINISTRE, PAR L'ASSUREUR OU LE RESPONSABLE,
AUX CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES ET PRIVI-
LÉGIÉS.

Section I. — Caractères du principe posé par la loi.

Nous avons vu que, d'après les principes du droit, les privilèges et les hypothèques, comme en général tous les droits réels existant sur une chose, s'éteignent avec elle.

Notre loi qui les fait survivre, qui les ressuscite pour ainsi dire, en les faisant porter sur une valeur représentant la chose détruite, crée un principe dérogatoire au droit commun. Comme tel, ce principe doit être strictement interprété et limitativement déterminé dans les cas prévus. Il ne nous sera donc pas permis sous prétexte d'analogie, de raisons identiques, de l'étendre à d'autres cas qu'à ceux désignés par la loi.

Les dispositions de la loi du 19 février 1889 sont d'ordre public, en ce sens qu'il ne serait pas permis d'y déroger par des conventions particu-

lières. Les créanciers au profit desquels elles ont été édictées pourront sans doute, après qu'un sinistre s'est produit, que le droit à l'indemnité s'est ouvert, et s'ils sont tous d'accord à cet effet, changer entre eux l'ordre des attributions assigné par la loi ; car chaque créancier, personne ne le conteste, peut disposer comme il l'entend et au profit de qui il le juge utile, de son hypothèque ou de son privilège. La seule condition, exigée à cet effet, est qu'il soit légalement capable de disposer. Mais il n'en est pas de même de l'assureur et de l'assuré. Ceux-ci ne peuvent, par des stipulations de leur contrat, modifier des droits appartenant légitimement à des tiers. Une convention contenant une clause de ce genre serait illicite et, par conséquent, contraire à l'article 1172 du code civil. Les privilèges et hypothèques existent, en effet, en dehors du contrat d'assurance. Le rang qu'ils ont entre eux est d'ordre public. Il y aurait d'ailleurs un véritable danger à ce que les créanciers, dont le droit réel sur l'immeuble n'a pas sa source dans une convention, mais dans la loi, puissent se voir primés, au moyen d'une convention particulière passée en dehors d'eux, par d'autres créanciers dont le rang leur serait postérieur d'après l'ordre d'attribution légale ou même, par ceux qui n'auraient sur l'immeuble aucun droit, par de simples chirographaires. Ce serait faire échec à ce principe que l'assurance ne doit profiter qu'à ceux qui ont intérêt à la conservation de la

chose et dans la mesure de leur intérêt seulement.

« Le législateur », dit M. Pannier (1) « ayant établi dans l'article 2 de la présente loi, un ordre d'attribution qu'il juge évidemment être en concordance parfaite avec la série des intérêts liés à la conservation de la chose, cet ordre ne peut être interverti ».

Toute délégation d'indemnité, par conséquent, qui aurait pour but de changer cet ordre de dévolution, doit être rejetée. Elle ne pourrait avoir d'effet qu'au profit des créanciers chirographaires qui, n'ayant entre eux aucune cause légale de préférence, peuvent s'en créer de conventionnelles au moyen d'une cession suivie de signification; ainsi que cela se pratiquait avant notre loi entre tous les créanciers, alors que tous étaient considérés vis-à-vis de l'indemnité comme chirographaires.

La loi du 19 février 1889 a-t-elle un caractère général ou spécial?

La solution de cette question dans un sens ou dans l'autre peut avoir, comme nous le verrons (2), une conséquence importante au point de vue de l'application de la règle *generalia non specialibus derogant*.

Il nous semble difficile de donner exclusivement l'un ou l'autre de ces caractères à notre loi. Si, d'une part, on peut la considérer comme générale,

(1) Attribution des indemnités d'assurances et d'autres indemnités, n° 2.

(2) *Infrà*, p. 163.

en ce sens qu'elle comprend dans ses dispositions tous les créanciers privilégiés et hypothécaires sans exception ; d'autre part, ne peut-on pas dire qu'elle est spéciale, parce qu'elle ne règle la situation de ces créanciers qu'au point de vue unique de l'attribution de certaines indemnités (1) ?

Section II. — Indemnités auxquelles s'applique l'article 2.

§ I^{er}. — Indemnités dues par suite d'assurances.

A. — Assurances terrestres de choses.

Si nous nous plaçons en face du texte de la loi, et si nous l'interprétons rigoureusement suivant sa lettre, nous devons décider, sans aucun doute, qu'il englobe toutes les indemnités dues par suite d'assurances quelles qu'elles soient et qu'il ne fait aucune distinction. L'énumération des indemnités dues pour assurances contre l'incendie, contre la grêle, la mortalité des bestiaux, ne peut être considérée comme limitative ; elle est du reste comprise et généralisée dans ces expressions qui la terminent : « ou les autres risques ».

Nous avons dit, d'autre part, que le caractère

(1) Darras et Tarbouriech. De l'attribution en cas de sinistre, des indemnités d'assurances, etc., page 15, note 1.

restrictif de la loi, conséquence de ce qu'elle édicte une exception au droit commun, s'oppose à ce qu'on étende ses dispositions, par analogie, en dehors des cas prévus. Mais, quels sont les cas prévus par notre article 2 et quels sont ceux non prévus ? C'est ce qu'il est bien difficile de dire en présence du texte seul.

Il faut que nous recherchions dans les travaux préparatoires quelle a été l'intention du législateur ; et, malheureusement, cette intention ne nous y est pas révélée d'une façon suffisamment claire, pour faire disparaître toute difficulté.

Le projet primitif, tel qu'il avait été présenté au Sénat, dans la séance du 20 juillet 1882 (1), avait pour but de protéger le crédit agricole mobilier ; il n'avait donc en vue que les indemnités dues pour la perte d'un gage mobilier et encore fallait-il que cette perte eut été occasionnée par un fait qui pût être qualifié de risque agricole. Qu'est-ce au juste qu'un risque agricole ? Ce nous semble assez difficile à définir.

La commission du Sénat, chargée d'examiner le projet (2), effaça tout d'abord le mot agricole comme trop limitatif et généralisa la disposition en attribuant, par le fait, aux créanciers privilégiés sur les meubles, l'indemnité due pour toutes espèces de risques sans distinction.

(1) V. *Suprà*, p. 127.

(2) V. *Suprà*, p. 128.

Enfin dans le projet définitivement rédigé, après plusieurs modifications, et présenté au Sénat le 31 janvier 1888, la disposition de notre article devint encore plus générale(1). Des privilèges mobiliers, elle s'étendit à tout droit de préférence, hypothèques et privilèges, sans plus faire, par conséquent, de différence entre les objets assurés, quant à leur nature mobilière ou immobilière. Et c'est ainsi que la loi fut votée. Elle s'applique donc bien, suivant son texte et suivant ce que la discussion nous a révélé de l'intention du législateur, à toutes espèces d'indemnités dues pour l'assurance d'un risque quelconque menaçant un meuble ou un immeuble.

Parmi les indemnités rentrant dans cette généralité, il faut compter celles dues pour assurances sur la vie, contre les accidents, les faillites, les risques maritimes. Il n'a jamais été question de ces sortes d'assurances dans aucune discussion, ni pour les exclure de la loi ni pour les y faire rentrer. Que décider à leur égard ?

B. — Assurance sur la vie humaine et contre les accidents.

La vie humaine n'est pas, il est vrai, susceptible de privilège ou d'hypothèque ; il semble donc, tout d'abord, qu'aucune difficulté ne puisse s'élever à ce sujet : la loi qui nous occupe n'ayant eu pour objet de ne régler que les droits des créanciers

(1) *Suprà*, p. 131.

privilégiés et hypothécaires. Cependant, comme la loi ne distingue pas entre les créanciers dont le droit de préférence porte directement sur la chose assurée et les autres quels qu'ils soient, qu'elle ne distingue pas non plus entre les assurances d'immeubles et celles de meubles, on comprend qu'un doute ait pu se produire et qu'on ait pu formuler l'opinion que l'indemnité due pour assurance sur la vie devait être, comme d'ailleurs toute autre indemnité due par suite d'un risque subi, soumise à notre loi. « Allons jusqu'au bout et soyons logique d'une interprétation rigoureuse », dit M. Malapert qui soutient cette idée (1), « l'attribution des indemnités aux créanciers privilégiés et hypothécaires aura lieu, même quand il s'agira de l'assurance d'une simple créance. »

Pournous, qui sommes d'avis que la loi ne règle que le sort des privilèges et des hypothèques qui portent directement sur la chose assurée, il n'y a pas de doute possible, et nous écartons, comme sortant du cadre de la réforme, les indemnités des assurances sur la vie aussi bien que celles promises aux victimes d'accidents. Pour ces dernières, d'ailleurs, nous trouvons dans les travaux préparatoires la preuve certaine de leur exclusion. Un membre du Sénat, M. Lenoël, avait proposé (2) d'étendre la disposition de l'article 2 aux indemnités dues pour accidents arrivés à des ouvriers

(1) Journ. le Droit, 28 juin 1889.

(2) *Suprà*, p. 135.

ou employés dans l'exercice de leur profession, par les industriels qui les ont à leur service ou en vertu d'assurances contractées contre les risques d'accidents ; mais M. Labiche, rapporteur, fit justement remarquer qu'en adoptant cette proposition on s'écarterait du but de la loi projetée, car il ne s'agirait plus de privilège ni d'hypothèque. D'autre part, ne peut-on pas dire, qu'appliquer à ces sortes d'indemnités les dispositions de la loi, ce serait créer des privilèges nouveaux, comme on l'a fait remarquer au cours de la discussion (1) ? Enfin, une autre raison particulière peut encore justifier l'exclusion de ces indemnités : c'est que l'indemnité d'assurance accidents, destinée à atténuer un dommage éprouvé, doit rester propre à celui que désigne la police et ne rentre même pas, sauf acquiescement de l'intéressé, dans le gage général de l'art. 2092, du code civil.

C. — Assurances maritimes.

Quant aux indemnités dues pour assurances maritimes, la difficulté est plus grande. Il est re-

(1) *Suprà*, page 138.

(Cf. Tarbouriech. Des assurances contre les accidents du travail, n° 134 ; — Rep. encyclopédique du droit français, v° Ass. contre les acc., n° 131 ; — Trib. civ. Pontarlier ; 29 juillet 1886 ; Monit. ass. 1887, 291 ; Gaz. Pal. 86, 2, 481 ; — adde, Trib. civ. Seine, 2 juin 1886, Gaz. Pal. 86, 2, 534 ; — Journ. ass. 1887, 86.)

grettable, selon nous, que la loi ne les ait pas, par une disposition spéciale, formellement exclues de son application, et n'ait pas ainsi évité le conflit qui pourra se produire entre notre loi et celle du 10 juillet 1885.

Nous savons qu'une loi du 10 décembre 1874, rendue en matière d'assurance maritime, dans son article 17, avait consacré au profit des créanciers hypothécaires l'attribution légale des indemnités suivant leur rang et que cette loi, n'ayant pas donné les résultats espérés, avait été abrogée par celle du 10 juillet 1885 sinon expressément, au moins implicitement.

Appliquer aux assurances maritimes les dispositions de l'article 2, sera donc rétablir l'article 17 de la loi de 1874 et revenir sur son abrogation.

Nous n'avons pas besoin d'insister pour démontrer quelle perturbation la loi nouvelle ainsi interprétée jettera dans le monde commercial et maritime. « La loi nouvelle », dit M. Malapert (1), « tombant sur le droit maritime avec une pareille énergie, renversant toutes les idées reçues, serait une véritable calamité publique ». Et c'est cependant le résultat auquel nous arrivons forcément ; car, appliquant strictement les termes dans lesquels cette nouvelle loi est conçue, nous déciderons que l'attribution des indemnités d'assurances maritimes doit être réglée par elle. Ces termes,

(1) Loc. cit.

en effet, contiennent une disposition générale, attributive des indemnités dues par suite d'assurances contractées pour toutes espèces de risques, sans aucune distinction ni exception.

Quelques paroles prononcées au cours de la discussion générale par le rapporteur du projet, semblent d'ailleurs fortement étayer notre opinion qui découle déjà naturellement du texte. La rédaction première disait : « Les indemnités dues par les compagnies d'assurances ». « Mentionner les compagnies d'assurances », disait M. Labiche », « c'était restreindre l'application de la loi au cas le plus ordinaire, celui où l'assurance est faite par une compagnie. Nous avons remarqué qu'il pouvait y avoir des assurances, qui n'étaient pas l'œuvre d'une compagnie, cela a lieu notamment pour les assurances maritimes » (1).

On cherche à expliquer ces paroles en disant que le rapporteur paraît avoir indiqué l'assurance maritime, non comme devant être comprise dans la loi nouvelle, mais comme le cas le plus fréquent dans lequel l'assureur est un particulier isolé (2). C'est là une explication qui ne nous semble pas suffisante. Elle rend obscures des paroles absolument claires et précises.

On dit encore, pour essayer de soustraire l'indemnité due pour assurances maritimes à l'application de l'article 2, que « l'assurance maritime est une

(1) *Suprà*, p. 139.

(2) Escorbiac loc. cit., p. 396.

matière spéciale et que ce serait violer les principes les plus élémentaires de législation que de lui appliquer les dispositions du droit commun. Il faudrait pour justifier cette application une disposition expresse qui n'existe pas dans notre loi : *Legi speciali per principalem non derogatur* » (1).

Nous avons dit ce qu'il faut penser du caractère spécial ou général de la loi de 1889 (2).

Et que signifie au juste cette règle : *generalia non specialibus derogant* ?

« Les auteurs ne possèdent pas à ce sujet de théorie d'ensemble ; ils se contentent ordinairement de la rappeler, puis renvoient aux œuvres de Merlin ; cette manière de procéder se comprend d'elle-même ; ce fut Merlin qui, comme procureur-général de la Cour de cassation, présida à la première application de nos codes ; il fut chargé de veiller à ce que ceux-ci laissassent aux lois antérieures l'influence dont elles demeuraient encore susceptibles ; c'est donc dans les œuvres de Merlin qu'il nous faut rechercher le sens du brocard qui nous occupe. Ceci étant, nous trouvons dans un réquisitoire du 20 juillet 1809 une explication de la règle qui vient entièrement à l'appui de notre opinion : « Elle signifie sans doute, nous dit Merlin, que la loi générale, dans les points sur lesquels elle est en opposition avec la loi spé-

(1) Escorbiac, loc. cit., p. 396.

(2) *Suprà*, p. 155.

ciale, ne déroge pas à celle-ci, même alors que celle-ci lui est antérieure..., mais la règle *in toto jure generi per speciem derogatur* signifie-t-elle que, dans les points sur lesquels la loi spéciale est muette, la loi générale ne doit pas suppléer à son silence? Non certes, et la Cour a constamment jugé le contraire.» (Merlin. Rép. V^o Testament, sect. II, § III, art. 2, n^o 8, t. XIII p. 673). — Merlin citait, dans la suite de son réquisitoire, les arrêts de cassation du 4 nivôse an VIII, du 4 mars 1807, du 25 germinal an XI, des 9 et 21 frimaire an XIV. »

« La loi de 1885 ne contient pas de disposition expresse destinée à abroger l'article 17 de la loi de 1874, elle ne peut donc avoir aucune influence sur l'interprétation de la loi de 1889. »

« Somme toute, d'ailleurs, qu'a fait en 1885, le législateur français? — Une loi de 1874, dérogatoire au droit commun tel que l'entendait la jurisprudence, avait décidé que le créancier ayant hypothèque sur un navire pouvait exercer ses droits sur l'indemnité d'assurance; en 1885, notre législateur avait fait rentrer ce créancier dans le droit commun; il avait implicitement décidé qu'il serait assimilé à tous autres créanciers privilégiés ou hypothécaires; en 1889, ce droit commun est modifié; pourquoi ce créancier ne serait-il pas traité comme tous les autres créanciers privilégiés ou hypothécaires? Serait-il moins utile de protéger celui-ci que ceux-là? » (1)

(1) Darras et Tarbouriech. loc. cit., n^o 29.

La loi de 1874 est tombée sous le coup des vives et nombreuses critiques qu'on lui adressait. Ces mêmes critiques peuvent-elles être adressées à la loi de 1889, et peut-on dire, pour éviter d'appliquer aux indemnités d'assurances maritimes l'article 2 de notre loi, qu'il n'est pas possible que le législateur ait commis une telle inadvertance, qu'il n'a pu avoir l'intention de revenir sur ce qu'il avait trouvé mauvais trois ans auparavant, en remettant en vigueur des dispositions qu'il avait alors supprimées comme nuisibles ? Une telle contradiction peut-elle se présumer ?

Remarquons d'abord que la loi de 1874 n'attribuait l'indemnité qu'aux créanciers hypothécaires et ne parlait pas des créanciers privilégiés. De là un bouleversement complet parmi les droits de préférence, une interversion inexplicable et irrationnelle, très préjudiciable, du rang assigné par le code à ces différents droits. En 1889, le législateur n'a pas commis la même faute ; la loi du 19 février maintient le rang hypothécaire ; l'article 2 peut être invoqué aussi bien par les créanciers privilégiés que par les créanciers hypothécaires et, d'après les termes de cet article, l'attribution se fait entre eux, suivant leur rang.

Un autre et plus vif reproche fait à la loi de 1874, c'est qu'elle disait expressément que l'inscription valait opposition. Cette disposition rendait, et on le prétendait à juste titre, très difficile le paiement de l'indemnité ; elle obligeait en effet, les as-

sureurs à relever un état des inscriptions hypothécaires, à rechercher s'il existait des inscriptions sur le navire assuré ou à exiger de l'assuré, avant de se libérer entre ses mains, un certificat négatif. De là des difficultés nombreuses dans les rapports des propriétaires de navires avec les compagnies.

Notre loi de 1889 ne contient pas la même disposition, il est vrai, mais sa mauvaise rédaction ne l'exclut pas et c'est, comme nous le verrons, un des points les plus délicats de son interprétation, de savoir quelle a été, à ce sujet, l'intention du législateur.

Quoiqu'il en soit, et alors même que la loi de 1889, mériterait les mêmes reproches que celle de 1874, ce n'est pas à nos yeux une raison plausible pour faire échec aux termes généraux de l'article 2 et surtout à la déclaration si nette du rapporteur de la loi (1).

D. — Assurance contractée par un autre que le propriétaire de l'immeuble.

L'assurance, ayant pour objet la garantie de la perte d'un immeuble, peut être contractée par

(1) Cf. Darras et Tarbouriech no 29 et s.

De Corny. Manuel général des assurances. Appendice, p. IV et s.

Escorbiac. Loc. cit., p. 396.

Malapert. Loc. cit.

tous ceux qui ont des droits réels sur cet immeuble ou même un simple intérêt à sa conservation. L'article 2 comprend-il dans l'attribution qu'il fait aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang, toutes ces indemnités, sans distinguer entre ceux par qui elles ont été stipulées, et sur quoi elles portent en réalité ? Il est difficile de le supposer.

Nous avons vu dans notre deuxième partie, que les créanciers privilégiés ou hypothécaires peuvent faire assurer le droit réel qu'ils ont sur l'immeuble, droit réel considéré comme un démembrement du droit de propriété, susceptible de disparaître avec l'immeuble sur lequel il repose ; qu'en agissant ainsi c'est en leur propre nom qu'ils contractent, c'est ce qui leur appartient sur l'immeuble qu'ils assurent. Nous avons repoussé la théorie, en vertu de laquelle ils agiraient en même temps pour le propriétaire de l'immeuble et se constitueraient, par le fait, son *negotiorum gestor* tacite. Nous écartons ainsi l'opinion d'après laquelle l'indemnité due au créancier privilégié ou hypothécaire qui a contracté une assurance sur l'immeuble garantissant sa créance, peut, d'une façon quelconque, profiter aux autres créanciers privilégiés ou hypothécaires sur le même immeuble (1), alors même que ceux-ci sont anté-

(1) Cf. Darras et Tarbouriech, n° 37.

rieurs et ont des droits préférables à celui qui a contracté. La loi de 1889 n'a, à nos yeux, aucune influence sur cette solution.

Le créancier qui a assuré son hypothèque ou son privilège ne profite de son assurance, cela est certain, que si son droit réel vient en rang utile en cas de vente, et dans les limites seulement de ce rang ; s'il ne vient pas en ordre utile, son assurance est considérée comme sans objet : elle est nulle et rien n'autorise à la faire revivre au profit du propriétaire de l'immeuble, à l'intérêt duquel il est évident que le créancier n'a nullement songé en contractant. Nous avons d'ailleurs assez insisté sur ce point, croyons-nous, pour qu'il soit inutile d'y revenir (1).

Nous déciderons de même et en vertu des mêmes principes, lorsque c'est un tiers détenteur qui a fait assurer l'immeuble. En contractant une telle assurance, qu'a-t-il fait ? Il s'est garanti contre les risques de perte de son droit de détention ; rien de plus. Au-delà de cet intérêt, son assurance est nulle comme faite sans objet. Le mandat ne se présume pas et, s'il n'a pas déclaré qu'il agissait en qualité de *negotiorum gestor* ou de mandataire du propriétaire en même temps que pour lui, aucune raison ne permet de le considérer comme tel.

Il est donc parfaitement inutile, pour trancher

(1) *Suprà*, p. 98 et s.

la question de savoir à qui doit, en définitive, profiter l'indemnité de l'assurance contractée sur l'immeuble par un tiers détenteur, de se demander, comme le font certains auteurs, quelle est la situation du tiers détenteur par rapport aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, à quoi il est tenu envers ces derniers, s'il est un véritable débiteur, et si l'article 2168 du code civil, lui permettant de se soustraire au paiement des dettes hypothécaires en délaissant l'immeuble, lui accorde une pure faculté pour éviter les poursuites ou si, au contraire, comme le veut une autre opinion, c'est le paiement des dettes hypothécaires qui est une pure faculté pour lui et s'il est tenu de délaisser l'immeuble (1).

E. — Quotité de l'indemnité.

Toutes les indemnités dues par suite d'assurance, sauf celles que nous avons exceptées comme n'ayant pas pour base une chose qui puisse être l'objet d'un droit privatif, d'une sûreté réelle, affectée à une créance, sont donc soumises à l'application de l'article 2. La loi qui ne fait aucune distinction quant à leur nature, n'en fait non plus aucune quant à leur chiffre. Fût-elle par conséquent de 100 francs et même de moins, l'assureur devra pour satisfaire aux exi-

(1) Cf. Darras et Tarbouriech, n° 31.

gences de la loi, la payer aux créanciers privilégiés et hypothécaires de l'assuré dans les conditions déterminées plus loin.

§ 2. — Indemnités autres que celles dues par suite d'assurances.

Aux indemnités dues par suite d'assurance, la loi assimile d'autres indemnités.

« Il en est de même, dit l'article 3, § 1, des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du code civil ».

Cette disposition a été introduite dans la loi, sur un amendement de M. Lacombe. Nous avons vu dans les travaux préparatoires comment il la justifiait (1).

Aux termes de l'article 1733 du code civil, le locataire répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve : que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.

C'est l'application, dans un cas particulier, et spécialement désigné par la loi, des principes généraux édictés dans l'article 1382 et d'après lesquels tout fait quelconque de l'homme qui cause

(1) *Suprà*, p. 141.

à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer; mais, avec ceci de particulier pour le locataire, que sa situation le fait présumer en faute et que la loi limite les moyens de justification et de preuve pour écarter cette présomption. Il ne lui suffira pas en effet de prouver qu'il n'est coupable d'aucune faute, mais il devra nettement établir la preuve que, si un incendie s'est produit dans l'immeuble qu'il occupe, c'est par suite d'un cas fortuit, d'une force majeure, d'un vice de construction, ou enfin que le feu a été communiqué par le voisin.

En vertu des mêmes principes généraux le voisin est également responsable. Mais ici rien de particulier; aucune présomption légale de faute n'existe contre le voisin; il est responsable au même titre qu'un individu quelconque qui, aux termes de l'article 1382, a causé à autrui un dommage.

Pourquoi donc avoir restreint à ces cas particuliers l'application de notre loi? Pourquoi avoir choisi ces deux cas, parmi les très nombreux contenus dans l'article 1382? La réponse à cette objection nous semble impossible à trouver et nous ne voyons dans les travaux préparatoires aucune explication de ce qui, à notre sens, est une véritable anomalie.

On a bien essayé de soutenir que la disposition devait être généralisée; que la loi citait les indemnités dues par le locataire et le voisin comme

de simples exemples ; qu'entre les hypothèses que M. Lacombe a signalées et celles qu'il a passées sous silence, il n'existe aucune différence ; que l'indemnité dans chacun de ces cas, ayant le même caractère et la même nature, devait aussi avoir la même destination (1). Mais, avec le caractère dérogatoire que nous avons reconnu à notre loi, nous ne pouvons ainsi raisonner par analogie et étendre ses dispositions à d'autres cas que ceux prévus, même s'il y avait identité de raisons, alors surtout que cette loi a pris soin d'énumérer d'une façon limitative certaines hypothèses déterminées.

Par conséquent, il ne faut pas comprendre, parmi les indemnités dont l'article 3 § 1 règle l'attribution, celles dues par l'architecte et l'entrepreneur qui, aux termes de l'article 1792 du code civil, sont responsables, pendant les dix ans qui suivent la réception des travaux, de la perte en tout ou en partie de l'édifice construit par eux, par suite de vice de construction ou même de vice du terrain sur lequel ils l'ont bâti. On essaye bien de donner une raison pour justifier l'exclusion de ces indemnités de l'application de l'article 3 § 1 et l'on dit : « L'architecte n'est pas assureur : les créanciers, ayant privilège ou hypothèque sur la maison, ne sauraient se prévaloir d'aucun droit de préférence sur les sommes qu'ils paient à titre

(1) Cf. Darras et Tarbouriech, loc. cit., n° 40.

de dommages-intérêts » (1). Sans doute répondrons-nous, mais si on ne peut l'assimiler à un assureur, il n'en est pas moins vrai que l'indemnité qu'il paie a absolument le même caractère que celle due par un locataire ou un voisin responsable : eux non plus ne sont pas des assureurs et ne doivent que des dommages-intérêts en vertu de la même cause (art. 1382).

Il faut encore écarter de l'application de l'article 2 et de l'article 3 § 1, les indemnités dues par le détenteur d'un corps certain, tel qu'un usufruitier ou un antichrésiste. Comme un locataire, il est tenu de l'obligation de conserver et, par suite, est responsable, au même titre que lui, de toute perte ou détérioration arrivée à la chose. De même encore qu'un locataire, il ne peut écarter la présomption de faute qui pèse sur lui qu'en prouvant que la perte ou la détérioration est arrivée par cas fortuit, force majeure, etc... (2).

Et enfin toute indemnité due par une personne quelconque, en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit, dans les conditions des articles 1382 et suivants du code civil, ou même en vertu d'une convention, ne saurait rentrer non plus dans les limites des articles qui nous occupent.

Nous le répétons, c'est une anomalie, et il n'y avait pas de raisons de ne pas généraliser la dis-

(1) Escorbiac. loc. cit., p. 395.

(2) Cass., 19 mai 1886. D. P. 86. 1. 406.

position de l'article 3, § 1, pas plus qu'il y en avait de la spécialiser. Pour être logique on aurait dû, alors qu'on ne limitait pas seulement aux assurances la substitution de l'indemnité à la chose détruite, l'étendre à tous les autres cas où, une indemnité due en raison de la destruction d'une chose, vient prendre la place de cette chose et la représente.

M. Pannier fait remarquer un des résultats bizarres auxquels on est amené par l'application stricte de la loi.

« Un voisin », dit-il, « est celui qui occupe ou qui exploite un local adjacent ou qui, sans l'occuper lui-même, est propriétaire de l'immeuble dont ce local fait partie. De là, comme conséquence du mode trop étroit de conception des termes de notre article, ce résultat bizarre. Un incendie se déclare dans un immeuble par un vice de construction et se propage extérieurement au préjudice des propriétaires et locataires de bâtiments contigus. Voilà bien les éléments d'une responsabilité de voisin. Mais le même incendie détruit le mobilier de divers locataires dans l'immeuble même où il a pris naissance : c'est chez l'un de ces locataires peut-être que le vice existe. On ne pourra pas dire que vis-à-vis d'eux, le propriétaire de l'immeuble joue le rôle d'un voisin : l'attribution légale ne s'applique donc pas à l'indemnité qui leur est due. (Conf. C. civ., art. 1721. — Lyon, 26 février 1857, B. de M., II, p. 190. —

Richard et Maucorps, Resp. civ. en mat. d'incendie, n° 592, p. 456) » (1).

Section III. — Créanciers qui profitent de l'attribution de l'indemnité.

§ 1^{er}. — Créanciers dont le privilège ou l'hypothèque porte directement sur la chose objet de l'indemnité.

« L'indemnité, » dit l'article 2, « est attribuée aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. »

Il ne fait ainsi aucune distinction. Tous les créanciers privilégiés et hypothécaires de l'assuré sont appelés à prendre part à la distribution.

Faut-il en conclure, comme le fait M. Malapert (2), que l'indemnité doit être attribuée, non seulement aux créanciers dont l'hypothèque ou le privilège porte directement sur l'objet détruit, remplacé par cette indemnité dans le patrimoine de leur débiteur, mais encore à tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés de l'assuré indistinctement et, qu'en conséquence, alors même qu'aucun droit de préférence n'existerait sur la chose assurée, l'indemnité ne sera pas valable-

(1) Attribution des indemnités d'assurances et de quelques autres, etc..., page 39.

(2) Journ. Le Droit, 28 juin 1889.

ment payée à l'assuré au détriment de ses autres créanciers privilégiés ou hypothécaires ?

Ce serait, nous le croyons, en s'attachant trop à la lettre du texte, aller contre l'esprit de la loi, et méconnaître complètement le but du législateur. Ce but d'ailleurs a été nettement indiqué dans le rapport de M. Manoury, lorsqu'il a dit que la disposition de l'article 2 avait pour objet « d'étendre aux indemnités dues en cas de sinistre les droits et privilèges existant sur les immeubles et les objets assurés (1). » Il aurait pu ajouter, pour être plus complet : et, dans les autres cas indiqués dans le § 1 de l'article 3, les droits et privilèges existants sur l'objet détruit ou détérioré. Cette idée est d'ailleurs exprimée dans tout le cours de la discussion. On y assimile constamment l'indemnité au prix de vente, et on répète à maintes reprises que l'intention du législateur est de remplacer un objet détruit ou détérioré, sur lequel s'exercent des droits de privilège ou d'hypothèque, par une valeur correspondante, sur laquelle les mêmes droits s'exerceront ; de faire en sorte que l'indemnité devienne la représentation de l'objet assuré ; en un mot d'immobiliser l'indemnité.

Il faut reconnaître cependant, qu'ici encore le texte manque de précision et qu'il eut été très utile, pour faire disparaître toute équivoque, d'ajouter aux mots créanciers privilégiés ou hypothé-

(1) *Suprà*, p. 147.

caires, les suivants : sur les immeubles ou objets assurés.

Il n'y a donc que les créanciers, dont l'hypothèque ou le privilège porte directement sur la chose objet de l'indemnité, qui profiteront de la loi de 1889, suivant leur rang. Ce rang est déterminé par le code ; nous n'avons qu'à nous y référer.

En vertu de la disposition transitoire de l'article 4 que nous aurons à examiner plus loin, les cessionnaires de l'indemnité qui auront rempli, avant la promulgation de la loi, ou dans le délai fixé, les conditions prescrites par cet article, conservent sur l'indemnité le droit de préférence qu'ils se sont fait consentir, comme antérieurement, c'est-à-dire d'après l'ordre de leur signification.

L'indemnité devra donc être répartie dans l'ordre suivant :

1^o Les dits cessionnaires, d'après le rang de leur signification.

2^o Les créanciers privilégiés, dans l'ordre de leur préférence, (art. 2095 et suiv. cod. civ.). Cet ordre se règle par les différentes qualités des privilèges (art. 2096, 2101 à 2105 code civil).

3^o Les créanciers hypothécaires, dans l'ordre de leur hypothèque.

4^o Les créanciers cessionnaires postérieurs à la loi, dans l'ordre de leur signification.

5^o Enfin, les créanciers chirographaires, au marc le franc de leurs créances.

§ 2. — Privilèges

A. — *Privilèges généraux.*

La loi a pris soin de déterminer elle-même le rang des privilèges existant sur la généralité des meubles. Ces privilèges, désignés dans l'article 2101, s'exercent aussi sur la généralité des immeubles, mais seulement après discussion du mobilier (art. 2104 et 2105, cod. civ.).

Il en résulte qu'on devra distinguer avec soin l'indemnité représentant la valeur du mobilier, de celle représentant la valeur de l'immeuble, dans le cas surtout, où le même événement aura détruit un immeuble avec les meubles qu'il contient.

La nature mobilière ou immobilière de l'objet détruit a, ici, de l'importance : on ne colloquera les créanciers privilégiés, désignés dans l'article 2101, sur l'indemnité représentant l'immeuble, que si l'indemnité représentant le mobilier est épuisée et n'a pas suffi à les désintéresser. Et encore, si sur l'indemnité représentant l'immeuble, ils viennent en concurrence avec les créanciers énoncés dans l'article 2103, cod. civ., qui ont sur cet immeuble un privilège spécial, ils seront primés par ceux-ci ; une exception n'est faite que pour les créanciers des frais de justice (art. 2105, cod. civ.).

Si on commence par l'attribution de l'indemnité due pour le mobilier, aucune difficulté ne se présentera, car la distribution se fera régulièrement dans l'ordre indiqué; mais si la collocation se fait, en premier lieu, sur l'indemnité représentant les immeubles, les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles et des immeubles pourront se faire colloquer éventuellement sur cette indemnité. Ces collocations simplement éventuelles seront réduites, en définitive, aux sommes dont ces créanciers ne seront pas payés sur la masse mobilière. « En leur accordant de pareilles collocations, » ajoutent MM. Aubry et Rau (1), « le juge peut, à la demande des autres créanciers, leur impartir un délai dans lequel ils auront à discuter le mobilier du débiteur commun. »

B. — Privilèges spéciaux.

Les privilèges autres que ceux énoncés dans l'art. 2101 sont spéciaux sur les meubles (2102) ou sur les immeubles (2103).

A côté des privilèges spéciaux énumérés par le code civil, le code de commerce en place d'autres, qui rentrent également dans l'application de notre loi, tels que ceux du commissionnaire, réglés d'abord par les articles 93, 94 et 95, puis par la loi

(1) Loc. cit., t. III, § 262, p. 166.

du 23 avril 1863 modifiant ces articles, et tels que ceux plus particuliers au droit maritime, contenus dans les articles 191, 271, 280, 307, 308 et 320 à 323.

Quant à ces derniers, si on décide que la loi de 1889 a laissé en dehors d'elles les assurances maritimes, ils ne pourront être colloqués que sur des indemnités dérivant d'autres causes que d'assurances ; or la loi ne prévoit que deux sortes d'indemnités, autres que celles dues par suite d'assurances, sur lesquelles les créanciers pourront exercer, suivant leur rang, leur droit de préférence, ce sont l'indemnité due par le locataire en vertu de l'article 1733 et celle due par le voisin, en vertu des principes généraux de responsabilité (art 1382). Nous ne voyons donc pas dans quelles circonstances notre loi pourra s'appliquer au profit de ces privilèges. Il faudrait supposer que le navire fut loué et qu'il ait été détruit par la faute du locataire ; la responsabilité d'un voisin ne se comprend pas non plus très bien pour un navire.

Enfin il existe encore d'autres privilèges établis par des lois spéciales, tel que celui, accordé à raison des droits du Trésor public, qui, conformément à l'article 2098 du code civil est réglé, ainsi que l'ordre dans lequel il s'exerce, par les lois qui le concernent ; tel encore celui accordé au Crédit foncier par la loi du 28 février 1852.

Au sujet des droits de préférence appartenant au Trésor public sur les biens des comptables,

MM. Darras et Tabouriech font remarquer un effet curieux de la loi de 1889 (1). « Une loi du 5 septembre 1807, disent-ils, accorde au Trésor des privilèges et une hypothèque légale sur les biens des comptables. Un privilège général porte sur tous leurs biens meubles. Un privilège spécial a pour objet les immeubles acquis par eux, à titre onéreux, postérieurement à leur nomination. Quant aux immeubles acquis à titre onéreux, dès avant leur nomination, ils ne sont frappés que d'une hypothèque légale. Il en est de même de tous les immeubles acquis à titre gratuit, à quelque moment que ce soit. Avant le vote de la loi nouvelle, lorsqu'un des immeubles grevés de cette hypothèque légale venait à disparaître et qu'une indemnité naissait de ce fait au profit des comptables, les droits du Trésor étaient transformés ; à l'hypothèque légale faisait place le privilège général dont il vient d'être parlé ; à l'heure actuelle, ce résultat ne peut plus se produire, c'est qu'en effet la loi nouvelle peut utilement être invoquée par ceux qui ont sur l'immeuble disparu, une hypothèque préférable à celle de l'Etat ; dans leur intérêt, la chose hypothéquée est considérée comme se survivant dans l'indemnité due. Cette conséquence résulte nécessairement de la loi de 1889 ; on peut dire qu'en votant celle-ci nos représentants n'ont pas songé à une telle intervention des droits ».

(1) Loc. cit., n° 49.

Une difficulté pourrait s'élever quant aux privilèges spéciaux sur les immeubles qui reposent sur l'idée de nantissement.

Le nantissement n'existe qu'autant que le créancier, au profit duquel il est établi, reste en possession de la chose qui en fait l'objet ; cette chose venant à sortir de ses mains pour une cause quelconque, le gage disparaît, et le privilège qui en était la conséquence disparaît forcément avec lui. La loi de 1889 aura-t-elle pour effet d'empêcher ce résultat de se produire ? On pourrait en douter. Le privilège en effet n'existant plus, comment peut-il s'exercer ? Les termes généraux de l'article 2 ne s'appliquent qu'au profit des personnes qui sont créancières hypothécaires ou privilégiées ; or les créanciers privilégiés, dont nous parlons, ont perdu cette qualité, ils ne peuvent donc invoquer le bénéfice de la loi.

Nous pensons cependant qu'ils conservent sur l'indemnité les droits qu'ils avaient sur l'objet de leur nantissement et privilège. La loi, en effet, a eu pour but de substituer exactement à la chose détruite, l'indemnité qui la représente et de faire, en conséquence, porter sur cette indemnité les droits existants sur cette chose ; le législateur a précisément voulu éviter les effets désastreux que la disparition du gage pouvait faire subir aux créanciers : « La créance en indemnité », disent MM. Darras et Tabouriech (1),

(1) Loc. cit., n° 46.

« prend donc la place de l'objet lui-même, elle lui est substituée ; cette chose ne peut être considérée comme ayant juridiquement disparue ; elle était possédée par certains créanciers privilégiés ; ces mêmes créanciers doivent être traités comme nantis de ces diverses indemnités ».

§ 3. — Hypothèques.

Après les privilèges viennent les hypothèques. Leur rang n'est plus déterminé par la qualité de la créance, mais par la faveur spéciale que la loi accorde à certains créanciers, ou par la date de leurs inscriptions.

Elles sont légales, judiciaires ou conventionnelles.

Parmi les hypothèques légales non dispensées d'inscription, il faut placer les privilèges immobiliers, dégénérés en hypothèque par suite [du défaut d'inscription en temps utile (art. 2113 cod. civ.) et l'hypothèque légale que les articles 490 et 517 du code de commerce donnent à la masse des créanciers du failli (1).

§ 4. — Droits pouvant être assimilés aux privilèges ou hypothèques.

Nous avons dit et répétons que la disposition de l'article 2 étant dérogatoire au droit commun,

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 204.

devait être strictement interprétée et qu'il ne nous était pas permis d'étendre ses dispositions par analogie d'un cas à un autre ; mais que, d'autre part, cet article 2 étant conçu en termes généraux, on doit comprendre les mots privilèges et hypothèques dans leur sens le plus large. Pouvons-nous, et devons-nous donc y faire rentrer certains droits, certaines sûretés spéciales que la loi accorde dans des cas déterminés à des créanciers, tels que par exemple, le droit de rétention, et le bénéfice de la séparation des patrimoines, etc.... ?

1^o — Droit de rétention.

Il est certain que si la loi a pris soin d'énumérer toutes les causes de préférence entre créanciers, c'est qu'elle a pensé que ces causes étaient, à juste titre, intimement liées au crédit et à la fortune publique. « S'il y avait d'autres causes de préférence que celles que la loi établit », dit Laurent (1), « les tiers ne pourraient plus traiter avec sécurité, le but visé par le législateur en organisant la publicité du régime hypothécaire serait manqué ».

La loi donne, dans certains cas, au créancier, le droit de retenir la chose qu'il est tenu de restituer, jusqu'à ce que son débiteur ait satisfait à

(1) Laurent, t. XXIX, n^o 283.

ses obligations, quand ces obligations sont relatives à la chose qui est sujette à restitution.

Soit qu'on fasse de ce droit une théorie générale, sous le nom de droit de rétention, s'appliquant à tous les cas prévus et même, en dehors d'eux, à ceux qui s'en rapprochent plus ou moins ; soit qu'on étudie séparément chaque cas sans le rattacher à un principe unique, engendrant des conséquences communes, nous pensons, [avec Laurent (1), qu'il ne constitue pas un privilège ; qu'on ne peut, par analogie, l'assimiler à un privilège et, par conséquent, lui appliquer les dispositions de l'article 2.

Ceux auxquels la loi accorde expressément un droit de rétention sont : 1° l'acheteur avec pacte de rachat (art. 1673, cod. civ.) ; — 2° le cohéritier qui fait le rapport, en nature, d'un immeuble de la succession (art. 367, cod. civ.) ; — 3° le vendeur auquel le prix n'est pas payé (art. 1612 et 1613, cod. civ.) ; — 4° les fermiers ou locataires contre l'acquéreur qui use du droit de les expulser stipulé dans le bail (art. 1749, cod. civ.) ; — 5° le dépositaire, jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû en raison du dépôt (art. 1948, cod. civ.) ; — 6° le créancier gagiste et antichrésiste (art. 2082 et 2087, cod. civ.).

Si, dans tous ces cas, la loi donne aux créanciers sus-indiqués une situation plus favorable,

(1) Laurent, t. XXIX, n° 286.

ce n'est qu'à l'égard de leur débiteur, mais non à l'égard des tiers qui ont comme eux des droits à exercer sur la chose. Le droit de rétention est en effet un droit personnel qui n'est pas opposable aux tiers. Le seul des articles cités plus haut, qui permette au possesseur de la chose d'opposer ce droit aux tiers, est l'article 1613 d'après lequel, l'exception que le vendeur peut opposer à son acheteur qui n'a pas payé son prix, peut aussi l'être aux créanciers de l'acheteur, lorsque celui-ci est tombé en faillite ou en déconfiture ; or on peut très bien expliquer cette préférence que la loi accorde au vendeur, autrement que par un droit de rétention ; on peut dire, en effet, que tant que le prix n'est pas payé, le vendeur reste propriétaire, en ce sens que la vente peut être résolue et que c'est en cette qualité de propriétaire que le vendeur a le droit, à l'égard de tous, de refuser la délivrance (1).

A côté du privilège que la loi accorde au créancier gagiste (art. 2073, cod. civ.) elle lui donne un droit de rétention (art. 2082 c. civ.) Il importe de ne pas les confondre.

Le droit de privilège peut être opposé à tous ; le droit de rétention de l'article 2082 n'a au contraire d'effet que dans les rapports du créancier et du débiteur. Le texte même de l'article 2082 le prouve, dit Laurent (2). En exerçant son droit de rétention

(1) Laurent, t. XXIX. n° 292.

(2) Laurent. t. XXVIII. n° 50.

le créancier ne fait qu'exercer le droit que lui donne son contrat, que réclamer l'exécution de l'engagement que le débiteur a contracté envers lui.

Il en est de même du droit de rétention que la loi donne au créancier antichrésiste (art. 2087). Il a la même nature personnelle que celui dont jouit le créancier à gage mobilier et, pas plus que lui, ne peut être, en tant que droit de rétention, opposable aux tiers.

D'ailleurs, le droit de rétention ne donne pas de droit de suite ; or, c'est le droit de suite qui distingue le droit réel du droit personnel. Il ne donne pas de droit de suite, puisqu'il consiste précisément à retenir la chose. On dit bien que si le droit de rétention n'engendre ni droit de suite proprement dit, ni droit de préférence sur le prix, il confère néanmoins au créancier une situation privilégiée (1) ; d'accord, mais cette situation privilégiée, il ne l'a que contre son débiteur.

Par le fait même du désaisissement volontaire ou involontaire de la chose sur laquelle s'exerce son droit de rétention, le créancier perd ce droit « Lorsque le détenteur », disent MM. Aubry et Rau (2), « a été, contre sa volonté, dépossédé, par le fait du propriétaire ou d'un tiers, de la chose soumise au droit de rétention, il peut, s'il s'agit d'un meuble, en réclamer la restitution par voie de saisie reven-

(1) Pannier. loc. cit., p. 10. — Escorbiac. Loc. cit., p. 400.

(2) Tom. III p. 120 — voir aussi t. III p. 114.

dication, et s'il s'agit d'un immeuble, par voie de réintégration, à supposer que la dépossession ait été consommée à l'aide de voies de fait assez graves pour l'autoriser. — Du reste, lorsque la chose mobilière affectée au droit de rétention a passé entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi, la restitution ne peut plus être demandée, si ce n'est en cas de perte ou de vol, conformément aux dispositions de l'article 2279 ».

L'incendie qui en détruisant la chose dessaisit le créancier, fait donc disparaître le droit de rétention. Ne serait-ce pas, si l'on en décidait autrement, accorder au droit de rétention les mêmes effets qu'au privilège et créer un véritable privilège ? (1)

2° — Séparation des patrimoines.

Nous n'en dirons pas autant de la séparation des patrimoines. Aux termes de l'article 2111 du code civil, « les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'article 878, au titre des successions, conservent à l'égard des créanciers, des héritiers ou représentants du défunt, leur privilège sur les immeubles de la succession, par des inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les 6 mois à compter de l'ouverture de la succession. »

(1) Cf. Darras et Tarbouriech, n° 53.

Ce droit, que la loi donne aux créanciers et légataires du défunt sur les immeubles de la succession, est un véritable privilège.

On ne peut en douter en présence des termes de l'article 2111 et surtout, en raison de la place qu'occupe ce article dans le code, au titre des privilèges et hypothèques.

¶ Mais si la séparation des patrimoines est un véritable privilège, elle l'est d'un genre particulier, car elle ne rentre pas dans la définition de l'article 2095 du code civil. En effet, cette préférence que la loi accorde aux créanciers et légataires du défunt contre les créanciers de l'héritier, sur les biens de la succession, est indépendante de la qualité de la créance ; c'est plutôt une faveur attachée à la personne. « Cela est si vrai », dit Laurent (1), « qu'un créancier purement chirographaire du défunt est préféré au créancier le plus favorable de l'héritier. »

La séparation des patrimoines, s'exerçant sur les immeubles de la succession à titre de privilège, donne donc à ceux qui en jouissent le bénéfice de l'article 2. Ils exercent, par conséquent, leur droit de préférence sur l'indemnité d'assurance représentant ces immeubles, comme ils l'exerceraient sur l'immeuble lui-même encore existant et dans les mêmes conditions (2).

(1) Loc. cit., t. X, p. 28 n° 18.

(2) Cf. Aubry et Rau, t. VI, § 619, note 67.

Il y a une distinction à faire entre le cas où l'assurance qui donne lieu à l'indemnité a été contractée par le défunt et celui où elle l'a été par l'héritier. Dans le premier cas, si l'indemnité est attribuée aux créanciers et légataires qui ont demandé la séparation, ce n'est pas par application de notre article 2 qui est inutile ici, puisque c'est à l'hérédité qu'est due l'indemnité ; elle est tombée dans la masse des biens du défunt et fait partie du patrimoine dont la séparation est demandée. Lorsque c'est au contraire l'héritier qui a contracté l'assurance, nous voyons apparaître l'utilité de l'article 2. Si, en effet, en l'absence de cet article, l'indemnité d'assurance était toujours considérée comme une chose purement mobilière ne représentant pas l'immeuble assuré, ne prenant pas sa place dans le patrimoine, elle appartiendrait à celui-là seul qui l'a stipulée, c'est-à-dire à l'héritier. Par suite de la loi nouvelle, au contraire, l'héritier n'est plus censé avoir contracté l'assurance pour lui seul ; mais plutôt au profit de l'immeuble et, par conséquent, suivant l'article 2, au profit de ceux qui ont sur cet immeuble des droits de préférence ; l'indemnité représente l'immeuble et doit être attribuée à ces derniers, comme le serait le prix encore dû, d'une chose dépendante de l'hérédité et aliénée par l'héritier (1).

(1) Cf. Aubry et Rau, t. VI, § 619, p. 476 et note 20.

D'après l'article 2111, le privilège, que donne aux créanciers et légataires de la succession la séparation des patrimoines qu'ils ont demandée et obtenue, semblerait ne s'appliquer qu'aux immeubles, mais il porte aussi sur les meubles (art. 830 c. civ.). L'article 2111 ne fait qu'indiquer la façon dont ce privilège se conserve sur les immeubles par l'inscription dans les six mois. « La séparation du patrimoine, » disent MM. Aubry et Rau, « porte sur l'hérédité du débiteur comme telle, c'est-à-dire comme universalité juridique. Il en résulte que le droit de préférence qui y est attaché peut être invoqué à l'occasion de la répartition de toute espèce de valeurs héréditaires, et de la distribution du prix de chacun des objets mobiliers ou immobiliers, dépendant de l'hérédité » (1). Il n'y a donc pas de doute que si une assurance du mobilier de la succession a été contractée par l'héritier, l'indemnité provenant de cette assurance sera, en vertu de l'article 2, attribuée aux créanciers et légataires du défunt de préférence à l'héritier ou à ses ayants-droit, comme le serait le prix de ce mobilier.

3° — Droit de retour légal.

« Le droit de retour légal, que nous appellerons aussi retour successoral, » disent MM. Aubry et Rau, » est un droit en vertu duquel des biens,

(1) Aubry et Rau, VI, p. 476, § 619.

avenus gratuitement à une personne décédée sans postérité, retournent à titre de succession à l'ascendant ou aux descendants de l'ascendant dont le défunt les tient, soit immédiatement, soit médiatement comme héritier du gratifié » (1).

La loi accorde ce droit de retour : 1° aux ascendants qui succèdent, d'après l'article 747 du code civil, à l'exclusion de tous autres, aux choses données par eux à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.

Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

La même faveur est accordée à l'adoptant quant aux objets qu'il a donnés à l'adopté, soit après, soit avant l'adoption (art. 351 et 352 code civ.); aux frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel, en vertu de l'article 766 ainsi conçu : « En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères et sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession : les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés s'il est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes ».

Le droit de retour légal, dans ces différents cas,

(1) Loc. cit., t. VI, p. 342, § 608.

peut être aussi conditionnel. Le donateur reste libre en effet de le stipuler, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants (art. 951 c. civ.).

Le droit de retour légal s'exerce à titre de succession.

On pourrait être tenté de dire et l'on a dit : L'esprit de la loi du 19 février 1889 est de décider que l'indemnité représente la chose incendiée, et de l'assimiler au prix ; cette indemnité doit avoir le même sort que la chose elle-même, si elle se retrouvait en nature, ou que le prix encore dû, si elle était aliénée ; cette solution se rattache à un principe général qui doit recevoir application toutes les fois que les circonstances le permettent ; en conséquence de ce principe, la loi de 1889 doit régler le sort de l'indemnité d'assurance due pour un immeuble donné et faisant l'objet du droit de retour légal, cette indemnité, comme l'immeuble qu'elle représente ou comme le prix de cet immeuble, fera retour aux personnes désignées par la loi, dans les articles que nous avons cités (1).

Nous ne pouvons admettre cette opinion. Les personnes, au profit desquelles la loi a établi le droit de retour légal, sont de véritables héritiers : ce droit, en effet ne s'exerce qu'à titre de succession (2). On ne peut donc les assimiler, en rien, à

(1) Cf. Darras et Tarbouriech, *loc. cit.*, n° 55.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 351, § 608.

des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Or, nous l'avons déjà dit et le répétons, la loi de 1889 ne peut s'appliquer, en raison de son caractère exceptionnel, qu'aux créanciers privilégiés et hypothécaires, seuls compris dans ses termes ; vis-à-vis d'eux seulement, elle décide que désormais l'indemnité représentera l'immeuble incendié, et sera assimilée au prix de vente. Il faut donc bien se garder de faire de cette disposition un principe général devant recevoir application toutes les fois que les circonstances le permettent.

4^o — Rapport de l'héritier donataire.

Nous en dirons autant, et en invoquant les mêmes motifs, du rapport à la succession auquel la loi oblige l'héritier donataire (article 843 et s., c. civ.). Il ne peut être tenu de rapporter l'indemnité qu'il a reçue de la compagnie d'assurance, dans le cas où l'immeuble donné qu'il a fait assurer a péri par incendie. Ce qu'on décidait, avant notre loi, en se basant sur l'idée que l'indemnité n'est pas la représentation de la chose (1), doit encore se décider aujourd'hui. Si en effet, la loi de 1889 a posé le principe que désormais l'indemnité d'assurance représente la chose, ce principe n'est pas général ; son application doit être limitée au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires.

(1) *Contrà*, Darras et Tarbouriech, loc. cit., n^o 57.

Or, l'héritier donataire soumis à la loi du rapport et ses cohéritiers auxquels ce rapport est dû, ne peuvent même être comparés à des créanciers privilégiés ou hypothécaires (1).

5^o — Usufruit.

MM. Darras et Tarbouriech, qui prétendent faire un principe général de l'exception au droit commun posé dans la loi de 1889, admettent encore l'usufruitier à se prévaloir d'un droit sur l'indemnité due par suite d'une assurance contractée par le nu-propriétaire, lorsque l'immeuble assuré, sur lequel portait son usufruit, a été détruit par un incendie et, ils invoquent encore, pour soutenir leur opinion, le motif que l'indemnité doit être considérée comme la représentation de la chose détruite.

Un arrêt de la cour de Colmar du 25 août 1826, dont nous avons déjà eu occasion de parler (2), l'avait ainsi décidé. Il a été critiqué et à juste titre : la base sur laquelle reposait sa décision était fausse et reste fausse encore aujourd'hui, car notre loi de 1889 ne peut s'appliquer en ce cas.

Le même arrêt de la cour de Colmar avait invoqué encore une autre raison pour donner à l'usufruitier le droit de prétendre à l'indemnité, due

(1) Demolombe, Succ., t. IV, n^o 481 ; — Aubry et Rau, t. VI, p. 651, § 634 et note 19.

(2) *Suprà*, p. 13.

pour une assurance de l'immeuble sur lequel repose l'usufruit, contractée par le nu-propriétaire. Cette raison est celle-ci : Le nu-propriétaire qui a fait assurer l'immeuble entier, n'a pu agir, en ce qui concerne la jouissance, que pour l'usufruitier dont il s'est ainsi constitué le *negotiorum gestor* ? Il n'a pu, en effet, agir pour lui-même, car on ne peut assurer la chose d'autrui et l'assurance ne doit jamais être pour l'assuré une source de bénéfices. Il en est de même lorsque l'assurance de l'immeuble a été contractée, pour sa valeur entière, par l'usufruitier : celui-ci non plus n'a pu agir que comme *negotiorum gestor* du nu-propriétaire. Si une indemnité est due dans ces deux cas, au nu-propriétaire et à l'usufruitier, à chacun dans la mesure de leur droit, ce n'est donc pas, parce que cette indemnité est la représentation de la chose assurée, mais en vertu même du contrat d'assurance dans lequel chacun est partie en qualité d'assuré.

Quoique soutenue par d'éminents auteurs (1), nous ne saurions admettre cette opinion. Elle est absolument contraire à notre théorie sur le mandat tacite telle que nous l'avons exposé plus haut (2).

(1) Aubry et Rau, II, p. 513, note 21, et p. 95, note 9.

(2) Besançon, 26 février 1856, B. de M., II. 175.

Cf. Darras et Tarbouriech, loc. cit., n° 56.

6° — Privilèges et hypothèques non encore inscrits au moment de l'incendie.

Certains droits de préférence sont soumis, pour leur conservation et pour être efficacement opposés aux tiers, à des formalités édictées par la loi (art. 2106 et s. 2111, 2115, 2134, 2166, 2154 etc...).

Supposons qu'un sinistre arrive détruisant la chose sur laquelle repose le privilège ou l'hypothèque et que la formalité de l'inscription n'ait pas encore été accomplie, sera-t-il encore temps de la prendre ou la destruction de l'immeuble sera-t-elle considérée comme un terme fatal, arrêtant le cours des inscriptions ?

Il y a un principe certain ; c'est que par la perte de la chose l'hypothèque périt. En vertu de quelle loi, le créancier aurait-il le pouvoir de faire renaître cette hypothèque par une inscription tardive ? Notre loi s'applique-t-elle ici ?

Invokant l'équité, on pourrait dire que le créancier n'a peut-être pas eu le temps matériel nécessaire pour prendre son inscription, que le sinistre a pu surprendre sa diligence. Mais une raison d'équité ne suffit pas, dans une matière où tout est de droit strict en raison des nombreux intérêts engagés, pour faire revivre une faveur que la loi n'accorde que sous certaines conditions impérativement exigées.

Ne pourrait-on pas dire que l'indemnité représente la chose ? Que, si cette chose a péri sous forme d'immeuble, elle subsiste en vertu de l'article 2 de la loi de 1889, sous forme d'indemnité ? « Tant que les matériaux, » disait Pothier, « paraissent destinés à la reconstruction de la maison, comme cette destruction leur conserve la qualité d'immeubles et de partie de la maison, elle me conserve aussi mon droit d'hypothèque sur ces matériaux » (1). Dans notre système hypothécaire cette vieille décision n'a plus de valeur : on ne peut prendre inscription que sur l'immeuble lui-même. L'indemnité représente bien, il est vrai, cet immeuble par l'effet de notre article 2, mais au profit seulement des créanciers qui peuvent invoquer sur la chose un privilège ou une hypothèque déjà existante : ce qu'ils ne peuvent faire qu'aux conditions imposées par la loi.

D'ailleurs l'équité, si on l'invoquait en faveur des créanciers qui n'ont pu prendre leur inscription en temps utile, pourrait l'être avec une égale valeur, en faveur des tiers dont l'intérêt serait gravement compromis par une solution contraire. Parmi ceux-ci, en effet, on peut supposer un créancier qui, après le sinistre, s'est fait consentir une cession de l'indemnité ; or, il est bien certain que, s'il voulait prendre une garantie réelle au moyen de l'inscription d'hypothèque pour étayer

(1) Hypoth., Ch. III, § 1, n° 173.

le droit que lui donne la cession, il ne le pourrait pas, puisque la chose sur laquelle cette inscription devrait porter a péri.

Pourquoi donc les créanciers antérieurs qui, ainsi que lui, doivent être considérés comme de simples chirographaires s'ils n'ont pris inscription, seraient-ils dans une situation préférable (1)?

Section IV. — Nature de l'attribution.

L'attribution de l'indemnité, dit notre article 2, se fait sans qu'il y ait besoin de délégation expresse.

Nous savons qu'avant 1889, une cession de l'indemnité éventuelle, consentie par l'assuré, était nécessaire pour donner à un créancier quelconque un droit de préférence sur cette indemnité, et que, pour être opposable aux tiers, cette cession devait être complétée par sa notification à la compagnie d'assurance, ou par son acceptation faite par celle-ci dans un acte authentique. Le rang des créanciers entre eux, quant à leurs droits sur cette indemnité, devait se régler d'après la date des significations.

Nous avons dit aussi que si l'on considérait la cession, non pas comme un véritable transport, mais plutôt comme un nantissement, une autre

(1) Cf. Pannier, loc. cit., p. 11 et 12 ; — Aubry et Rau, t. III, p. 286, § 267.

formalité essentielle était nécessaire, la remise du titre, c'est-à-dire de la police, entre les mains du nouveau créancier; ce qui dans la pratique, à tort selon nous, se fait rarement pour ne pas dire jamais.

La nouvelle loi renverse tout cela. Elle bouleverse complètement tous les usages pratiqués jusqu'à ce jour. Elle supprime d'abord, comme inutile désormais, la stipulation de cession d'indemnité d'assurance qui était devenue pour ainsi dire de style dans tous les contrats de prêts; puis, elle introduit dans la législation une dérogation très grave aux principes du droit civil en matière de transport de créance: « D'après le texte de l'art. 2, » dit M. Lacombe (1), « les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires sont transportés de plein droit sur les indemnités qui sont allouées par la compagnie d'assurance à la suite du sinistre. C'est là une modification complète au droit actuel en ce sens qu'aujourd'hui, cette subrogation n'existe pas de plein droit. »

Et plus tard (2) le même orateur précise davantage cette idée en ajoutant: « Désormais, à côté de la délégation conventionnelle qu'on stipulait souvent dans les contrats de prêt, il existera une délégation de plein droit au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires. »

Il importe de se fixer sur la valeur de ces différentes expressions employées par M. Lacombe et

(1) *Suprà*, p. 136.

(2) *Suprà*, p. 142.

par le texte de la loi : « transport de plein droit, subrogation de plein droit, et délégation de plein droit. » Les effets de l'attribution peuvent considérablement varier et des difficultés nombreuses s'élever, si on ne précise pas exactement sa nature et si on la confond avec celle d'autres institutions juridiques.

§ 1^{er}. — Subrogation légale.

Il est certain, tout d'abord, que l'attribution des indemnités, régie par notre loi, n'a pas la nature d'une subrogation légale. Nous en trouvons la preuve certaine dans la discussion même de la loi. Un sénateur, M. Lenoël, avait proposé de transporter les dispositions de la nouvelle loi dans le code civil et de les ajouter à l'article 1251 qui traite de la subrogation légale au profit des créanciers (1); mais on fit remarquer, avec raison (2), que loin de rentrer dans le cadre de l'article 1251, ces dispositions étaient en opposition formelle avec celles de cet article qui, en effet, n'accorde la subrogation qu'à ceux qui payent pour autrui ; or il ne s'agit pas ici de gens qui payent pour autrui ; elles ne peuvent donc rentrer dans la même règle de droit (3).

(1) *Suprà*, p. 134.

(2) *Suprà*, p. 135.

(3) Cf. Laurent, t. XVIII, p. 126.

§ 2. — Délégation.

L'attribution des indemnités dont nous nous occupons n'a pas non plus la nature d'une délégation.

Il ne peut être entré dans l'esprit des législateurs d'apporter une innovation aussi considérable dans le régime des assurances.

Qu'est-ce en effet qu'une délégation? On entend par délégation, dans un sens large, « une opération par laquelle un débiteur charge une personne, étrangère à la dette, de s'obliger envers son créancier et charge le créancier de se faire promettre par le débiteur qu'il lui indique » (1).

Pothier (2) dit que « c'est une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne qui, à sa place, s'oblige envers ce créancier ou envers la personne qu'il lui indique ».

Nous trouvons bien dans la cession de l'indemnité d'assurance les éléments d'une délégation. L'assuré joue le rôle de déléguant; il délègue l'assureur, qui lui doit l'indemnité, à son créancier; il offre à celui-ci de le payer au moyen de la créance qu'il a sur l'assureur. Mais cela ne suffit pas pour rendre parfaite la délégation; il est né-

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 223 bis, I.

(2) T. II. de la Novation, n° 564.

cessaire pour avoir cette qualité, que la délégation opère novation, c'est-à-dire que l'ancienne créance disparaisse et qu'une nouvelle créance prenne sa place. Pour cela il faut que le créancier renonce expressément à sa créance contre l'assuré et qu'il accepte l'assureur pour son débiteur. Pour qu'il y ait novation, dit Laurent (1), il faut « appliquer à la délégation le principe général qui régit la novation par substitution d'un nouveau débiteur (art. 1271 2°). S'il n'y a pas de décharge, il ne peut être question de novation, puisque la première dette subsiste ».

La doctrine nous enseigne que la cession-transport, pas plus que la subrogation, n'opère novation. Pour qu'il y ait novation, il faut un véritable changement de créancier, c'est-à-dire qu'il faut « que l'ancien créancier renonce à son droit ; que le créancier nouveau acquière une créance et enfin que le débiteur contracte un nouvel engagement » (2). Ce qui constitue l'essence de la novation, c'est le nouvel engagement et c'est « par la formation de ce nouvel engagement à l'extinction absolue de l'ancien que cette novation subjective se distingue de la cession » (3). « Quand il y a cession de la créance, » dit Laurent (4), « il ne se forme pas une obligation nouvelle : le créancier

(1) Loc. cit., t. XVIII, n° 317.

(2) Colmet de Santerre, t. V, n° 222 bis, III ; — Aubry et Rau, t. IV, p. 219, note 37.

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 211, note 3.

(4) T. XVIII, n° 205.

transporte la créance au cessionnaire ; c'est donc l'ancienne créance qui subsiste à charge du même débiteur : aussi, le débiteur ne doit-il pas consentir à la cession, il y reste étranger ; tout se passe entre le cédant et le cessionnaire, sauf que le cessionnaire doit signifier la cession au débiteur pour être saisi à l'égard des tiers. Dans la novation, le débiteur intervient, ce qui rend toute signification inutile. La cour de Paris a consacré ce principe avec la conséquence qui en résulte, c'est que la dette cédée subsiste avec sa cause, ses conditions, ses modes et les vices qui pourraient y être attachés ».

En employant le mot délégation comme synonyme de cession, le législateur n'a eu dans la pensée, cela est pour nous évident, que la délégation imparfaite, c'est-à-dire la délégation n'opérant pas novation, la délégation qui n'est en réalité qu'une offre de paiement, qui se résoud, se réalise en définitive par la cession.

§ 3. — Cession légale dispensée des formalités de l'article 1690.

Ce que la loi a voulu établir par l'article 2, c'est le transport de plein droit de l'indemnité, sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse, et c'est donner à ce transport tous les effets d'une cession conventionnelle. Elle a voulu, en second lieu, dispenser ce transport de plein droit de la

notification autrefois nécessaire pour rendre la cession opposable aux tiers. Le texte de l'article 2, il est vrai, ne le dit pas expressément et on pourrait objecter, non sans raison, qu'on ne peut déroger aux principes du droit commun, posés dans l'article 1690, sans un texte formel. La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, abrogée par celle du 10 juillet 1885, attribuait de plein droit, comme le fait notre article 2, l'indemnité d'assurance aux créanciers, suivant le rang de leur privilège ou de leur hypothèque, et, par une clause spéciale, dispensait le créancier attributaire de toute signification ou [notification. Il lui suffisait, pour opposer aux tiers ce droit que la nouvelle loi lui accordait, qu'il ait fait inscrire son titre de préférence au bureau des hypothèques.

Il est à regretter que ce précédent n'ait pas inspiré à nos législateurs, l'idée d'insérer la même disposition dans la loi de 1889 ; car bien des difficultés seraient tranchées par le fait même et, à ce point de vue, le reproche très juste qu'on fait à la loi de poser, en des termes beaucoup trop généraux, un principe dérogatoire au droit commun serait écarté.

Si le texte de l'article 2 ne dispense pas expressément la cession de l'indemnité devenue légale des formalités de l'article 1690, il faut chercher quel est à cet égard l'esprit de la loi et l'intention du législateur, telle qu'elle nous est révélée par les travaux préparatoires. Or, ces travaux ne lais-

sent aucun doute à ce sujet. Nous en trouvons la preuve dans les paroles prononcées par M. Lacombe devant le Sénat (1) : « L'article 2, » dit-il, « est une modification complète du droit actuel, non seulement en ce sens que cette subrogation n'existe pas de plein droit, mais, en outre, en ce sens que le projet fait échapper une série de valeurs mobilières, de créances aux dispositions de l'article 1690, d'après lesquelles le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification du contrat du transport ».

D'autre part il est certain, car cela a été maintes fois répété dans le cours de la discussion de la loi, qu'on a voulu assimiler complètement, quant à son attribution, l'indemnité au prix de vente; établir, en d'autres termes, sur l'indemnité, le même ordre de préférence que sur le prix de vente : « On inscrit le plus souvent dans les actes constitutifs de privilèges ou d'hypothèques, » a dit M. Labiche, rapporteur de la commission, « la clause de subrogation. Mais il y a parfois des omissions, et certains privilèges sont constitués sans acte. Il y a donc un intérêt pratique, incontestable, à édicter une disposition qui assimile de plein droit l'indemnité au prix ». Or, il est bien évident, que le prix de vente est distribué aux créanciers, d'après leur ordre de préférence sans qu'il soit aucunement besoin de notification faite à l'acquéreur,

(1) *Suprà*, p. 136.

ou de reconnaissance par celui-ci, des droits des créanciers, dans un acte authentique.

Exiger la notification de la cession désormais légale, ne serait-ce pas supprimer tout l'effet utile de la loi et rendre à peu près illusoires ses dispositions. Son but a été de supprimer des formalités nécessitées, en l'absence d'une disposition législative, par la rigoureuse application des principes, pour arriver à protéger plus efficacement les créanciers. Ce but a-t-il été réellement atteint, et le système nouveau vaut-il mieux que l'ancien ? Nous essayerons de résoudre plus tard cette question. Toujours est-il, que le législateur a évidemment voulu, en créant un transport légal de l'indemnité d'assurance au profit des créanciers hypothécaires et privilégiés, lui attribuer le plus d'efficacité possible et le dégager complètement de toutes les formalités du transport conventionnel.

« Le but de l'attribution », dit M. Escorbiac (1), « est de supprimer les formalités gênantes et onéreuses, ainsi s'exprime, dans son rapport, la commission du Sénat; or de ces formalités quelle était la plus gênante, la plus onéreuse ? Était-ce la stipulation de la cession ? Nullement ; il suffisait pour cette stipulation de quelques mots ajoutés au contrat de prêt dont la cession, dans l'immense majorité des cas, n'était que l'accessoire. Était-ce la remise de la police ? Nullement : elle s'opérait par une tradi-

(1) Loc. cit., p. 403.

tion manuelle ou par l'annexion du titre à la minute de l'acte de prêt. La formalité vraiment gênante et surtout onéreuse, lorsque la chose assurée était de peu de valeur, était la notification. Si la nouvelle loi n'a pas pour résultat la suppression de cette formalité, l'utilité en est incontestablement diminuée. »

**§ 4. — Assimilation de l'attribution de l'indemnité
à celle du prix de vente.**

Assimilée au prix de vente, l'indemnité, devient, comme celui-ci, la représentation de la chose assurée. L'effet de cette assimilation est que les créanciers privilégiés et hypothécaires ont exactement, sur l'indemnité, les mêmes droits que ceux qu'ils avaient sur la chose assurée elle-même, avant le sinistre et que cette indemnité doit être distribuée par voie d'ordre, comme le serait un prix de vente.

L'intention du législateur, à ce sujet, ne fait aucun doute. De nombreuses fois, dans le cours de la discussion, il l'a clairement manifestée en exprimant l'idée que désormais l'indemnité serait assimilée complètement au prix de vente, quant à son attribution.

Cependant, on peut élever à la possibilité même de cette complète assimilation une sérieuse objection, qui semble ne pas avoir été aperçue. L'acquéreur a un moyen légal d'empêcher que des créances nouvelles à celles déjà existantes sur

l'immeuble prennent naissance, sur le prix de vente, postérieurement à son acquisition. Ce moyen, c'est la transcription. Du jour de celle-ci, le cours des inscriptions d'hypothèque est arrêté, et l'acquéreur devient certain, par le fait seul d'avoir accompli cette formalité, de n'avoir pour créanciers sur son prix que ceux dont l'inscription est antérieure à la transcription. Sa situation est pour ainsi dire liquidée à jour fixe. Rien de semblable ici. Le sinistre ne peut valoir transcription ; il ne peut arrêter, comme celle-ci, le cours des inscriptions hypothécaires. De nouvelles créances peuvent naître après le sinistre et, jusqu'au moment du paiement, ces créances peuvent prendre rang comme privilégiées ou hypothécaires sur l'indemnité. Rien n'empêche, en effet, l'assuré lui-même qui garde en sa possession les biens sinistrés, de constituer sur eux et, par conséquent, sur l'indemnité représentant l'immeuble, des droits de préférence, comme il aurait pu le faire, avant l'incendie, sur l'immeuble lui-même. Il peut se marier à l'insu du débiteur de l'indemnité, de l'assureur, accepter des fonctions de tuteur et faire surgir ainsi de nouveaux ayants-droit à l'indemnité ; il n'y aura donc jamais de date fixe à laquelle on puisse savoir exactement qu'une nouvelle inscription ou qu'un nouveau droit de privilège n'est pas survenu (2).

(1) P. Gauvin. Assurances contre l'incendie (*Monde économique*, 11 juillet 1891).

(2) *Contrà*, Pannier, loc. cit., n° 3.

§ 5. — Effets de la cession légale.

« Le texte de l'article 2 », dit M. Pannier (1), en faisant allusion aux clauses de cessions inscrites dans la plupart des contrats hypothécaires, « éveille l'idée que les effets de l'attribution légale sont ceux d'une délégation tacite, dispensée de notification. Mais pour que l'attribution légale produise en fait les mêmes avantages qu'une délégation, il n'est pas nécessaire qu'elle emprunte sa nature et en réalise tous les effets ».

Parmi ces effets que produirait une délégation tacite, M. Pannier range l'exercice des actions relatives à l'obligation de l'assureur de payer l'indemnité, et émet l'idée que si l'attribution légale, établie par l'article 2, équivaut, dans ses effets, à une délégation ou cession de l'indemnité dispensée de notification, on devra décider notamment :

« 1^o Que l'exercice de ces actions appartient activement et passivement à chacun des créanciers désignés en l'article 2, ainsi qu'à l'assuré, et ce, dans les limites et jusqu'à concurrence de la portion d'indemnité qui doit revenir à chacun d'eux »;

« 2^o Que toutes ces demandes doivent être, en général, intentées sous forme d'actions principales, dans les délais déterminés par la police à

(1) Loc. cit., p. 18, n^o 7.

péine de déchéance : chaque demandeur, exerçant des droits qui lui sont propres, ne peut, en tant du moins qu'il s'agit de requérir une condamnation contre l'assureur, se contenter d'intervenir dans une instance préalablement engagée » ;

« 3^e Que les demandes multiples dont s'agit seront tenues en suspens, au point de vue du chiffre des condamnations à prononcer, aussi longtemps qu'il n'aura pas été procédé, par voie d'ordre ou de contribution suivant le cas, et, vis-à-vis de l'assuré, par une instance distincte, s'il conteste l'étendue des droits de quelques-uns de ces créanciers » ;

« 4^e Que, dans le cas où des offres seraient nécessaires, ou lorsqu'il y aura lieu de faire des notifications quelconques se rapportant à une consignation de l'indemnité, l'assureur devra adresser ces offres ou ces notifications à tous les intéressés ayant un droit direct à prétendre sur l'indemnité ».

« La seule énumération de ces conséquences », ajoute M. Pannier, « démontre, à notre avis, qu'il n'a pas dû entrer dans les intentions du législateur, en édictant la disposition de l'article 2, d'introduire un ensemble d'innovations aussi considérable dans le mode pratique d'exécution du contrat d'assurance » (1).

Avec M. Pannier, nous ne croyons pas non

(1) Loc. cit., p. 23, n^o 9.

plus que telle ait été l'intention du législateur ; mais cet auteur commet, selon nous, une grave erreur en prêtant à la cession légale, sous le nom de délégation tacite, tous les effets qu'il énumère. Ces effets sont ceux non pas d'une simple délégation, mais d'une délégation parfaite opérant novation, et nous avons dit qu'il fallait se garder de confondre cette dernière avec la cession légale.

L'attribution de l'indemnité n'a pas changé de nature en vertu de la loi de 1889. Elle se faisait par une cession, elle se fait encore aujourd'hui par une cession. Par conséquent, sous ce rapport, elle a conservé les mêmes effets qu'auparavant : les effets de la cession. Mais celle-ci a changé de caractère ; de conventionnelle qu'elle était, elle est devenue légale et dispensée de notification. A ce point de vue, ses effets ne sont plus les mêmes à l'égard des personnes vis-à-vis desquelles cette notification était nécessaire, c'est-à-dire à l'égard des créanciers.

Section V. — Application du principe posé dans l'article 2.

§ 1. — Règlement de l'indemnité.

Rien n'est changé sous ce rapport par la nouvelle loi, à l'ancien état de choses. La loi de 1889 n'a pas touché, en effet, au contrat d'assurance lui-même, aux obligations que ce contrat fait naître.

tre entre les parties, c'est-à-dire entre l'assuré et l'assureur. Les relations créées par le contrat entre ces parties restent absolument les mêmes.

Le montant de l'indemnité sera donc débattu et fixé, comme il l'était entre les parties seules qui ont signé la police et par elles seules. Les droits des créanciers de l'assuré quels qu'ils soient, ne peuvent avoir pour effet de leur permettre d'intervenir dans un contrat auquel ils sont complètement étrangers.

Les polices d'assurances contiennent en général cette clause : « Que le montant de l'indemnité des dommages sera réglé de gré à gré, évalué après enquête et expertise contradictoire par deux experts choisis par les parties. » Ce règlement de gré à gré ne peut être fait qu'entre l'assuré et la compagnie et, alors même qu'on prétendrait qu'il comporte un caractère transactionnel, ce ne serait pas une raison pour donner aux créanciers de l'assuré le droit de s'y opposer, en dehors de sa présence et sans sa participation. Nous pensons que la transaction reste dans la limite des actes que l'assuré peut faire librement avec son assureur, sans l'intervention de ses créanciers et comme étant une opération exclusivement relative à l'exécution du contrat, dont les parties restent seules maîtresses. Nous ne voyons donc pas qu'une difficulté puisse s'élever à ce sujet, comme semble le craindre M. Pannier (1).

(1) Loc. cit., p. 20.

Si l'assuré seul a le droit, en vertu de son contrat, de régler avec son assureur le montant de l'indemnité à payer, de faire en conséquence toutes les déclarations auxquelles l'oblige la police, il a, seul aussi, le droit d'intenter les actions relatives à ce règlement et au paiement qui le suivra.

La loi de 1889 ne peut avoir pour effet de donner aux créanciers plus de droits que ceux qui sont compétent à leur débiteur. Par exemple si la police contient une clause arbitrale, c'est-à-dire si elle édicte qu'en cas de contestations, entre l'assuré et la compagnie, lors du règlement des dommages et de la fixation de l'indemnité, des arbitres trancheront la difficulté, les créanciers de l'assuré ne pourront changer les effets de cette clause et émettre la prétention, sous prétexte que leur intérêt l'exige, qu'elle ne peut leur être opposée.

De même encore, si la compagnie et l'assuré ne tombent pas d'accord sur le règlement des dommages et que l'indemnité soit, en conséquence, fixée par décision de justice, les créanciers seront tenus de s'y conformer ; ils ne peuvent même intervenir dans un débat au sujet duquel ils n'ont aucune action.

En un mot, toutes les clauses de la police, relatives à la fixation et au règlement de l'indemnité, sont opposables aux créanciers, dont les droits sur la dite indemnité ne s'ouvrent que lorsque celle-ci est réglée par application des dites clauses.

Sans doute si ces droits sont lésés, par suite de ce

règlement, les créanciers pourront, en vertu de l'art. 1167 du code civil, attaquer, en leur nom personnel, les actes ainsi faits en fraude de leurs droits, ou encore, si l'assuré néglige de procéder au règlement, ce qui peut arriver puisque l'indemnité ne devant pas lui revenir, aucun intérêt ne le pousse à agir, ils pourront, conformément à l'article 1166 du même code, exercer ses droits et actions, mais seulement après l'avoir mis en demeure et sur son refus.

En tout cela on ne fera qu'appliquer le droit commun, les principes généraux, et ce que nous avons déjà dit sur les droits des créanciers cessionnaires de l'indemnité éventuelle, quant au règlement de celle-ci.

§ 2. — Reconstruction

Parmi les clauses généralement stipulées dans les polices, il en est une qui doit faire l'objet d'une remarque particulière.

Les compagnies se réservent le plus souvent de remplacer en nature les objets détruits ou endommagés par l'incendie et de rétablir les lieux dans l'état où ils se trouvaient avant le sinistre. Dans les conditions particulières des polices, ayant pour objet de garantir les constructions édifiées sur terrain d'autrui, il est stipulé que l'assuré devra employer l'indemnité à réédifier ces constructions sur le même emplacement et que, faute par lui de le faire, il n'aura droit pour la portion détruite

qu'à une indemnité réglée sur la valeur de la démolition.

Les créanciers ne peuvent s'opposer à ces clauses, alors même qu'ils auraient formé des oppositions entre les mains de l'assureur sur le montant de l'indemnité. Les oppositions, en effet, ne donnent aux créanciers opposants que le droit de recevoir les sommes qui sont payées à leur débiteur, mais non celui de changer la quotité ou le mode du paiement stipulé sans fraude, entre ce débiteur et une tierce personne (1).

Ce qu'on décidait avant la loi de 1889 est encore vrai aujourd'hui pour les créanciers auxquels cette loi s'applique. D'ailleurs, sur le bâtiment reconstruit les privilèges et hypothèques qui existaient sur l'immeuble détruit renaissent avec leur ancienne force.

En l'absence de tout texte *ad hoc* dans la police, l'assuré conserve-t-il le droit d'employer l'indemnité à rétablir en nature les objets détruits ou endommagés par un sinistre ?

Se référant aux lois étrangères ayant statué sur ce point, le législateur de 1889 eût été bien inspiré, en édictant une déposition tranchant les difficultés qui ne peuvent manquer de s'élever à ce sujet.

Nous distinguerons, avec MM. Darras et Tarbouriech, deux hypothèses (2) :

(1) Jug. du trib. civ. de la Seine, 23 avril 1824, B. de M. III, p. 1.

(2) Loc. cit., n° 80 et s.

1^{re} hypothèse. — Les créanciers et prétendant droits à l'indemnité invoquent des créances exigibles, indépendamment du sinistre, au moment où l'indemnité est elle-même exigible de la compagnie.

Il est certain que dans ce cas, les créanciers ont le droit de se faire payer l'indemnité d'après les principes de l'article 2, et de s'opposer à la reconstruction par le débiteur. Ils auraient en effet, dans ces circonstances, incontestablement le droit, si l'immeuble qui leur sert de gage existait encore, d'en exproprier le débiteur, pour se faire payer sur le prix. L'indemnité tient lieu du prix ; le sinistre a produit le même résultat qu'une expropriation ; le débiteur ne peut donc empêcher que cette indemnité soit payée entre les mains des créanciers, ni renvoyer ceux-ci à exercer leurs droits par la saisie ultérieure des objets mobiliers ou des immeubles une fois reconstruits ou rétablis.

2^e hypothèse. — La dette garantie par le privilège ou l'hypothèque n'est pas encore exigible au moment où survient un sinistre.

Aux termes de l'article 1188 du code civil, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a par son fait diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier et, aux termes de l'article 2131 du même code, lorsque l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, ont péri ou ont éprouvé

des dégradations de manière qu'ils sont devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci peut, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque.

La dette, qui n'était pas exigible, le devient donc légalement et, par suite, comme dans l'hypothèse précédente, nous pensons que les créanciers pourront s'opposer à la reconstruction. Celle-ci peut bien, il est vrai, être considérée comme une garantie suffisante donnée au créancier et, par conséquent, comme un supplément d'hypothèque; mais ce n'est pas en faveur du débiteur que la loi établit l'alternative de payer ou de fournir une garantie nouvelle par un supplément d'hypothèque, c'est au contraire contre lui qu'elle existe, en faveur du créancier; c'est à celui-ci seul qu'elle appartient. Le débiteur ne peut donc imposer au créancier le choix d'une de ces deux alternatives, et nous croyons qu'il sera obligé de payer l'indemnité, et qu'il ne pourra reconstruire si ce dernier s'y oppose.

Section VI. — Paiement de l'indemnité.
(art. 2, al. 2).

§ 1. — Conditions de validité du paiement.

« Néanmoins les paiements faits de bonne foi, avant opposition, sont valables. »

Quelle est la portée de cette disposition? De

sérieuses difficultés se présentent dans son interprétation.

« Une disposition additionnelle, » dit M. Labiche, rapporteur de la commission du Sénat (1), « sauvegarde les intérêts de la compagnie, dont les paiements faits de bonne foi, avant opposition sont valables » ; et, d'autre part, M. Manoury, rapporteur de la commission de la Chambre, dit dans son rapport : « L'article 2 décide que si le débiteur de l'indemnité a payé avant de connaître le droit de préférence, il ne peut être tenu de payer deux fois » (2).

Voilà les deux seules indications que les travaux préparatoires nous fournissent sur ce deuxième alinéa de l'article 2 qui seul, dans la loi, a la prétention de régler l'application du principe posé dans le premier alinéa du même article. On avouera que c'est bien peu et bien vague.

Quel est le rôle de l'opposition dont parle l'article 2 et quels en sont les effets ?

1^o — Opposition.

A. — Son rôle.

D'après M. Labiche, elle aurait pour but de sauvegarder les droits des compagnies ; c'est-à-dire de les protéger contre une répétition de l'indemnité déjà payée par elles.

(1) *Suprà*, p. 129.

(2) *Suprà*, p. 147.

Avant notre loi, c'était la notification de la cession qui remplissait ce but ; maintenant, ce serait l'opposition. Est-ce à dire que l'opposition a remplacé complètement dans ses effets la notification et qu'elle est indispensable, sous la loi de 1889, pour faire connaître aux tiers et leur opposer le transport de l'indemnité devenu légal, comme la signification était nécessaire, avant ladite loi, pour faire connaître et opposer la cession conventionnelle aux tiers intéressés ?

M. Pannier semble considérer l'opposition comme remplaçant la signification du transport conventionnel, et la déclarer, par conséquent, nécessaire pour faire connaître à la compagnie d'assurance l'existence des créanciers au profit desquels la loi réglemente l'attribution de l'indemnité : « Si Si l'on considère avec nous », dit-il (1), « que l'attribution légale n'établit qu'un ordre de préférence sans délégation, l'opposition est *le moyen* par lequel chaque intéressé pourvoit à se faire conserver son rang ». Sans doute, ajoute-t-il, « la connaissance que l'assureur aurait acquise, par lui-même, des droits de certains créanciers privilégiés ou hypothécaires et qui entacherait de mauvaise foi les paiements faits à leur préjudice, supplée aux effets de l'opposition ». Mais on décidait de même avant la loi de 1889, « la connaissance que le débiteur cédé », disent en effet MM.

(1) Loc. cit., p. 25.

(2) T. IV, p. 429, n° 359 *bis*.

Aubry et Rau (2) « aurait indirectement acquise de la cession n'équivaldrait pas à elle seule à signification ou acceptation et ne l'empêcherait pas nécessairement d'exciper du défaut d'accomplissement de ces conditions. Mais si les faits et circonstances de la cause dénotaient de sa part une collusion avec le cédant ou même simplement une imprudence grave, le transport devrait, quoique non signifié ni accepté, sortir, en ce qui le concerne, tout son effet. Ce serait méconnaître, ajoutent ces auteurs, « l'esprit de la disposition de l'article 1690, dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers, que de l'appliquer d'une manière tellement absolue qu'elle put avoir pour résultat de couvrir les actes entachés de mauvaise foi ou d'une imprudence grave ».

Ainsi donc, d'après M. Pannier, le rôle que jouait autrefois la notification est rempli aujourd'hui par l'opposition au paiement de l'indemnité, faite entre les mains des compagnies d'assurance ; c'est le résultat nécessaire de sa théorie qui ne reconnaît pas à l'attribution légale de l'indemnité, le caractère d'un transport de plein droit vis-à-vis de l'assureur. Ce transport s'opérant de plein droit, entre les parties seulement, a besoin, pour être valable aux yeux des tiers, d'une opposition.

Pour nous, nous en référant à l'intention du législateur, bien que cette intention, il faut le reconnaître, ne soit pas suffisamment manifestée

1) T. IV, p. 429, note 13.

dans le texte de la loi, nous sommes d'avis que l'attribution de l'indemnité est dispensée de toute espèce de formalités pour être opposée à la compagnie.

L'opposition dont parle notre article 2, 2^{me} alinéa, ne doit être considérée que comme la simple indication *d'un moyen*, facultatif d'ailleurs, donné aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, pour faire connaître à la compagnie d'assurance qu'ils sont légalement et de plein droit attributaires de l'indemnité, et que cette indemnité doit être payée entre leurs mains, suivant l'ordre de leurs droits de préférence. Mais nous ne pensons pas que ce moyen soit nécessaire et surtout qu'il soit le seul ; d'autres peuvent y suppléer, pourvu qu'ils aient pour *résultat de faire connaître*, comme dit M. Manoury, le droit de préférence à la compagnie.

B. — *Sa forme.*

Il faut en conclure que la forme de cette opposition importe peu, au point de vue de sa validité et du but à atteindre ; qu'on ne doit donc pas faire à la loi le reproche de ne l'avoir pas indiquée. Elle sera valable aussi bien sous la forme de lettre missive, de télégramme ou même faite verbalement, que sous la forme d'un acte extra-judiciaire pour lequel on emprunterait le ministère d'huissier.

Mais la nécessité où sera le créancier, le cas échéant, de prouver que le paiement de l'indemnité a été fait par l'assureur avec connaissance de ses droits de préférence et la difficulté de faire cette

preuve devront le déterminer à recourir à une opposition régulière, par conséquent à employer la forme indiquée dans le code de procédure, pour les actes de cette espèce (1).

L'opposition devra donc contenir, nettement exprimés, outre la date de sa signification, les noms et domicile du créancier, les droits de privilège ou d'hypothèque invoqués.

D'autre part, la compagnie, pour se protéger et pour repousser les réclamations qui pourraient lui être faites par l'assuré ou par d'autres créanciers prétendant aussi à des droits légitimes de préférence, ne manquera pas d'exiger que cette opposition soit faite régulièrement dans les termes de la loi de procédure, par conséquent par l'intermédiaire d'un huissier : « Une simple lettre missive, » dit avec raison M. Escorbiac (2), « fut-elle recommandée, ne serait pas un moyen de justification suffisant entre les mains de la compagnie, pour refuser de payer l'indemnité ; seule, elle ne saurait tenir en échec des créanciers dont les droits sur l'indemnité sont établis par des titres certains et qui réclament le paiement. Des effets aussi énergiques ne peuvent être attachés qu'à une opposition faite en la forme prescrite par le code de procédure civile. »

(1) Il a été décidé en effet, qu'une lettre, même recommandée, sauf dans des circonstances absolument exceptionnelles, est impuissante à fournir la preuve de l'objet et des termes d'une notification. (Trib. Seine, 25 mars 1886, D. 86, 3, 73).

(2) Loc. cit., p. 406.

C. — Délai dans lequel elle doit être faite.

Quant au délai dans lequel cette opposition doit être faite, la loi n'en parle pas non plus, et elle n'avait pas à en parler.

Elle peut être faite à tout moment, tant que l'indemnité n'est pas payée. Cependant comme le fait avec raison remarquer M. Oudiette (1), elle sera, en général, faite éventuellement, c'est-à-dire avant tout sinistre : « La prudence la plus élémentaire obligera, en effet, les créanciers privilégiés ou hypothécaires à remplacer les significations de transports éventuels par cette autre mesure conservatoire de leurs intérêts : l'opposition éventuelle. Sans cette précaution, comme les compagnies pourront toujours, à la condition d'être de bonne foi, se libérer valablement entre les mains des assurés sinistrés, les créanciers hypothécaires ou privilégiés courraient le risque, en cas d'incendie de leur gage, d'arriver trop tard pour former leur opposition. Ils peuvent effectivement ne connaître le sinistre qu'après l'expertise et le paiement de l'indemnité. »

D. — Son renouvellement.

Si le contrat d'assurance vient à prendre fin pour une cause quelconque, telle que l'expiration du délai pour lequel il a été stipulé, la vente de l'objet assuré, la résiliation pour non-paiement des

(1) *Moniteur des assurances*, 1889, p. 93.

primes, etc...., l'opposition faite entre les mains de l'assureur, n'aura évidemment plus d'effet, puisqu'il ne peut plus être question d'attribution d'indemnité. Mais si l'assurance est renouvelée, alors même qu'elle l'est entre les mêmes parties, c'est un nouveau contrat qui prend naissance ; sera-t-il nécessaire dans cette hypothèse de renouveler l'opposition ?

Si l'on pense, comme nous, que l'opposition n'est qu'un moyen indiqué par la loi de faire connaître à la compagnie d'assurance l'existence des privilèges et hypothèques sur l'objet assuré, il faut décider que ce renouvellement n'est pas nécessaire, car la connaissance que la compagnie a acquise subsiste toujours ; ce n'est pas une aliénation ou l'expiration d'un délai qui peut la lui faire perdre ; elle sait parfaitement que le privilège ou l'hypothèque s'attache à l'immeuble et le suit en quelques mains qu'il passe.

Si au contraire, on considère, comme M. Pannier, que l'opposition est le moyen pour les créanciers hypothécaires privilégiés de conserver sur l'indemnité leur droit de préférence, il faudra décider pour être logique, et c'est ce que fait l'auteur cité, que l'opposition faite à titre éventuel ne conserve ses effets qu'aussi longtemps que l'assurance demeure en vigueur entre les mêmes parties, mais qu'elle devra être renouvelée en cas de mutation de propriété, alors même que la chose alié-

née et grevée de privilège et d'hypothèque resterait placée sous la garantie du même assureur (1).

On peut bien nous objecter qu'une opposition, éventuelle ou non, n'a d'effet que si elle s'applique bien au créancier du tiers saisi (2). Sans doute, mais ceci n'est vrai que pour l'opposition en tant qu'opposition prise dans son véritable sens juridique et que Boitard définit : « un acte d'huissier par lequel un créancier met sous la main de justice les créances qui appartiennent à son débiteur, en signifiant au débiteur de celui-ci défense de s'acquitter en ses mains » ; ce n'est plus vrai pour l'opposition en tant que moyen de porter à la connaissance de l'assureur les droits de préférence existants sur l'objet assuré.

Nous reconnaissons volontiers qu'il y aura là un grand embarras pour les assureurs : ce sera de tenir la liste de toutes les oppositions éventuelles qui leur seront faites par les créanciers à propos de tel ou tel des immeubles assurés ; mais c'est encore une des nombreuses critiques à adresser à la loi qui a eu le grand tort de ne pas prévoir et régler les difficultés d'application du principe nouveau posé par elle (3).

(1) Loc. cit., p. 27.

(2) Loc. cit., p. 30.

(3) Le 27 mai 1890, la cour de Toulouse a décidé que l'opposition pratiquée par un propriétaire sur l'indemnité revenant à son locataire n'est assujettie, par l'article 2 de la loi du 19 février 1889, ni à des formes particulières, ni à l'auto-

2^o. — Bonne foi.

A. — En quoi elle consiste.

Si les créanciers n'ont pas fait d'opposition et si l'indemnité a été payée par l'assureur, la loi décide qu'ils ne seront pas pour cela déchus du droit d'exercer sur l'indemnité leur privilège ou hypothèque ; elle leur laisse une ressource dans la preuve que le susdit paiement a été fait de mauvaise foi par l'assureur.

La bonne foi, en matière juridique, est l'ignorance d'un fait qu'il était impossible de connaître ; elle est exigée, cela est évident, de celui qui paie, de la compagnie d'assurance par conséquent.

Quand la compagnie sera-t-elle de bonne ou de mauvaise foi ?

Nous avons dit que l'opposition devait être considérée comme un moyen, indiqué par la loi, pour porter à la connaissance de l'assureur les droits de préférence existants sur la chose assurée. Touchée d'une opposition, la compagnie ne pourra plus payer l'indemnité à l'assuré, sous peine de la payer deux fois, parce que, par cette opposition, elle est sensée connaître d'une

risation du juge : que, la saisine des sommes dues aux créanciers privilégiés ou hypothécaires provenant d'une attribution légale, il n'y a pas à suivre les règles d'une saisie-arrêt : qu'en conséquence l'opposition peut résulter d'une simple lettre missive. (*Monde économique*, 11 juillet 1891.)

façon certaine l'existence des privilèges et hypothèques. Mais ce moyen de porter à sa connaissance les privilèges et hypothèques existants sur la chose assurée n'est pas le seul. Quelle que soit la façon dont la compagnie a acquis cette connaissance, si, nonobstant, elle a payé au détriment d'un créancier et que celui-ci vienne à le prouver, elle sera jugée de mauvaise foi et, par conséquent, son paiement ne sera pas valable. « L'article 2 », a dit M. Manoury à la Chambre des Députés, « décide que si le débiteur de l'indemnité a payé *avant de connaître* le droit de préférence, il ne peut être tenu de payer deux fois.

Doit-on aller plus loin et dire que si rien ne révèle à l'assureur les privilèges et hypothèques existants sur la chose sinistrée, il devra les rechercher ? Ce serait évidemment mal interpréter cette disposition de l'article 2 qui, comme on l'a dit dans la discussion, a été rendue dans l'intérêt des compagnies d'assurance ; on retournerait ainsi contre elles, une mesure de protection que la loi a pensé établir en leur faveur.

On ne peut donc pas exiger de l'assureur, qu'à défaut d'opposition, il fasse une enquête sur l'existence des créanciers, sur les droits de ces créanciers, etc.... « Où s'arrêterait-on » écrit M. Pannier (1), « dans la voie où engage le système contraire ? Lorsqu'une police contiendra à la fois l'assurance d'un mobilier et celle du risque locatif, la plus minime indemnité relative

(1) Loc. cit., p. 30.

à des dommages soufferts par le mobilier ne pourra être acquittée sans une déclaration du bailleur de l'immeuble, reconnaissant qu'il ne lui est rien dû pour l'exécution du bail ? Si un mari, chef de communauté, fait assurer des bijoux pour « compte de qui il appartiendra », l'assureur avisé par cette mention de l'existence possible d'un lien conjugal devra se préoccuper de l'éventualité lointaine des reprises matrimoniales de la femme ? Personne ne pourra toucher une indemnité afférente à un immeuble sans produire un acte de notoriété établissant que le bénéficiaire de l'assurance n'est pas tuteur, qu'il n'a jamais exercé de tutelle ou, dans le cas contraire, sans rapporter des déclarations du subrogé tuteur, déclarations que celui-ci a le droit de refuser ? »

2°. — L'Inscription vaut-elle opposition ?

Il y a cependant un cas et le plus fréquent où, tout en reconnaissant que l'assureur n'est pas obligé de rechercher l'existence des droits de préférence existants sur la chose, nous croyons qu'il ne pourra exciper de son ignorance et payer quand même l'indemnité ; c'est le cas où il se trouvera en face de privilèges ou d'hypothèques soumis à la formalité de l'inscription et en réalité inscrits.

Depuis la promulgation de la loi, ce point a déjà fait l'objet des plus vives controverses.

La loi de 1874 dont nous avons parlé, édictait

que l'inscription valait opposition. Cette disposition avait été vivement critiquée. Elle n'est pas reproduite en termes aussi exprès dans notre loi, mais nous pensons néanmoins qu'on doit l'appliquer.

L'inscription du privilège ou de l'hypothèque vaut opposition ; cela veut dire, selon nous, que cette inscription est suffisante pour faire connaître à la compagnie l'existence de ces privilèges ou hypothèques, et l'empêcher de payer à d'autres qu'à ceux auxquels la loi attribue désormais l'indemnité de plein droit.

On dit, il est vrai, « que la loi n'a voulu imposer aucune obligation nouvelle aux compagnies ; que l'assureur n'est pas tenu de se constituer d'office le gardien des intérêts des tiers dont les droits ne lui sont pas connus ; que l'état des hypothèques inscrites est un mode de justification qu'il n'est pas tenu de se procurer ; que, dès que le paiement lui est réclamé dans les conditions strictement déterminées par le deuxième alinéa de l'article 2, l'assureur doit s'exécuter ».

Nous en convenons ; mais si la loi n'a voulu imposer aucune obligation nouvelle aux compagnies, elle a donné, d'autre part, le droit de toucher l'indemnité à des personnes qui ne l'avaient pas auparavant et, par le fait même, elle menace les assureurs d'un danger ; celui de payer l'indemnité à ceux qui n'y ont pas droit au détriment de ceux qui y ont droit et d'endosser la responsabilité

d'un tel paiement. L'assureur, s'il est prudent, doit se mettre en garde contre ce danger, d'autant plus, que la loi a subordonné la validité du paiement de l'indemnité, en l'absence d'une opposition, à une condition qui n'a rien de bien précis, qui, il ne faut pas l'oublier, est une question de fait : la bonne foi.

On dit encore : « L'inscription hypothécaire ne tient pas lieu d'opposition ; l'assureur n'est pas de mauvaise foi pour avoir payé au détriment des créanciers inscrits. Sans doute le registre des hypothèques est public, c'est-à-dire que tout le monde peut le consulter, mais il n'est pas un mode de publication, il est permis d'en ignorer le contenu. L'inscription a été organisée en faveur du public non contre lui. Elle permet, par exemple, à un acquéreur de se renseigner sur l'existence d'un droit de suite qui le menace ou à des créanciers de prendre connaissance d'un droit de préférence dont ils auraient à subir les conséquences. Mais l'assureur n'a à redouter ni droit de suite, puisque ce droit s'éteint avec la chose, ni droit de préférence, puisqu'il n'est pas créancier. Il n'a pas à consulter le registre des inscriptions, qui ne contient aucun renseignement dont il puisse avoir à profiter » (1).

A cela on peut tout d'abord répondre avec Laurent (2) : « Dans notre système hypothécaire, les créanciers hypothécaires doivent prendre ins-

(1) Pannier, p. 32.

(2) T. X, p. 186.

cription et, une fois inscrits, ils n'ont plus à se faire connaître ; la publicité prescrite par la loi a précisément pour but d'apprendre à toutes personnes intéressées que les immeubles sont grevés d'hypothèque. » Et certes s'il est une personne intéressée à connaître l'existence de ces privilèges et hypothèques, c'est bien l'assureur ; car s'il n'a à redouter ni droit de suite ni droit de préférence, il peut être accusé d'avoir payé avec mauvaise foi, nonobstant la connaissance qu'il avait acquise des droits des tiers, obligé par conséquent de payer deux fois.

Et précisément parce que, comme nous l'avons dit, la bonne foi est une question de fait et non de droit, on devra considérer l'assureur qui aura payé, malgré des droits de préférence rendus publics par l'inscription, comme n'étant pas de bonne foi. Il est facile, en effet, à la compagnie de prendre connaissance du registre des inscriptions avant de payer et nous doutons fort, avec M. Escorbiac (1), que les tribunaux soient disposés à admettre l'excuse de la bonne foi invoquée par un assureur qui aura payé au préjudice de créanciers inscrits. Ne doit-on pas dire, en effet, que l'erreur résultant d'une imprudence grave, d'une faute lourde doit être assimilée à la mauvaise foi ; et qu'il y a certainement faute lourde et imprudence grave de la part d'une compagnie d'assurance,

(1) Loc. cit., p. 404.

dans le fait de ne pas prendre les précautions les plus élémentaires. Un simple particulier peut être réputé de bonne foi là où une faute peut être relevée à la charge d'une compagnie disposant d'un nombreux personnel qui, par sa situation même, est au courant du droit, de la jurisprudence et de la pratique des affaires. M. Malapert fait à ce sujet une réflexion très juste : « Les assureurs isolés, » dit-il (1), « sont rares à ce point qu'on n'en connaît plus. Toutes les assurances sont faites par des compagnies dont chacune a un contentieux organisé et un système complet de vérification des sinistres ; peut-être déciderait-on qu'elles n'ont pas été de mauvaise foi. Après quelque temps on ne leur accordera pas cette excuse. Elles auront été averties par des décisions de justice, des discussions soulevées, et sauront qu'elles doivent, avant de payer, prendre la précaution de s'informer s'il y a des créanciers privilégiés ou hypothécaires.

« D'autre part, la loi nouvelle, » dit avec raison M. Raveton (2), « assimile l'indemnité d'assurance à un prix de vente. Elle doit être attribuée et distribuée comme ce prix. Les créanciers inscrits ne seraient-ils pas fondés à dire que l'assureur, débiteur de l'indemnité, doit agir comme le ferait un acquéreur et que, puisque la loi fait porter les droits de préférence sur l'indemnité, il ne peut pas

(1) Journal le Droit, 28 juin 1889.

(2) Gazette des Tribunaux, 15 mai 1889.

payer, au mépris de ces droits que la publicité des registres des hypothèques lui permet de connaître » ?

Appelée à se prononcer sur la question qui nous occupe, la jurisprudence l'a tranchée de façons différentes.

Un jugement du tribunal civil de Brives du 18 décembre 1889 a, en effet, décidé qu'il est du droit et du devoir de l'assureur de ne payer l'indemnité qu'au vu d'un certificat d'inscription négatif (1). Il ne l'oblige pas, il est vrai, à recher-

(1) Attendu, dit ce jugement, que certains immeubles appartenant à Charbonnel et assurés à la compagnie *La Confiance* ayant été détruits par un incendie, l'indemnité fut fixée, d'un commun accord, à la somme de 1057 fr. 95 et que Charbonnel intente une action contre la compagnie pour se faire payer cette somme ; — Attendu que *La Confiance*, invoquant l'article 2 de la loi du 19 février 1889 d'après lequel les indemnités dues par suite d'assurances sont attribuées aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, refuse de payer Charbonnel avant qu'il ait établi que son immeuble n'était point grevé ; — Mais que, d'après Charbonnel, la compagnie n'est pas en droit de se retrancher derrière la loi précitée, parce que les paiements faits par l'assureur, de bonne foi et avant oppositions, sont valables et qu'il n'y a pas eu d'opposition ; — Attendu qu'il résulte de l'examen du texte de l'article 2 que l'indemnité est attribuée aux créanciers, qu'il y a donc attribution, c'est-à-dire transfert direct, par le seul effet de la loi, de la somme due aux créanciers ; que cette disposition produit ainsi un effet plus énergique que l'hypothèque elle-même, dont le bénéficiaire reste toujours créancier de son premier débiteur, d'où la conséquence que le paiement fait à l'assuré ne serait pas valable, puisqu'il ne serait pas fait, par celui qui doit, à celui à qui il est dû ; — Attendu que cette interprétation est confirmée par ces mots qui, dans la loi, suivent la phrase déjà citée : *sans qu'il soit besoin de délégation expresse aux créanciers*, mots qui ne peuvent signi-

cher lui-même s'il existe ou non sur la chose sinistrée des privilèges ou des hypothèques, mais il lui donne le droit de refuser le paiement réclamé par l'assuré, tant que celui-ci ne lui aura pas fourni la preuve d'absence d'inscription au moyen d'un certificat du conservateur des hypothèques.

Tout en approuvant le résultat de cette décision, nous ne pouvons néanmoins admettre tous les motifs sur lesquels elle s'appuie. Il est certain, en effet, tout d'abord, que l'ignorance seule de la loi ne

fier autre chose, sinon que la loi produit l'effet d'une délégation expresse et naturellement d'une délégation régulière, c'est-à-dire signifiée ou acceptée ; que l'assuré est donc dessaisi à l'égard de l'assureur ; — Attendu que Charbonnel objecte vainement que les paiements faits de bonne foi sont déclarés valables et qu'il n'y a pas eu dans l'espèce d'opposition signifiée ; — Qu'après avoir fait produire à l'article 2 les effets ci-dessus développés, le législateur s'est borné à observer que la délégation fictive pourrait, en réalité, n'avoir pas le même résultat qu'une délégation véritable, suivie de signification ou d'acceptation, et à décider que le débiteur qui aurait payé dans l'ignorance de la loi ou dans la croyance qu'il n'y avait pas de créanciers hypothécaires, pourrait exciper de sa bonne foi ; qu'il s'agit donc uniquement d'une exception rendant applicable la maxime « *reus excipiendo fit actor* » et laissant ensuite à sa charge, quoique la mauvaise foi ne se présume pas, la preuve de la bonne foi qu'il invoque, il en résulte que, dans tous les cas, en l'absence même d'opposition, la responsabilité peut se trouver engagée et qu'il est de son droit, de son devoir même de ne payer qu'au vu d'un certificat délivré par le conservateur, établissant qu'il n'y avait sur l'immeuble incendié ni hypothèques, ni privilèges inscrits, ou par la présentation d'un bordereau de collocation, à la suite d'un ordre ou d'une distribution qu'il appartient à l'assuré de faire ouvrir ; — Attendu qu'à défaut de texte précis, on pourrait encore invoquer les motifs de la loi qui a eu pour

peut faire considérer la compagnie comme étant de bonne foi. Il est non moins certain, d'autre part, que la mauvaise foi ne se présume pas ; le tribunal est forcé de le reconnaître d'ailleurs et il n'explique pas d'une façon suffisamment claire pourquoi une exception à ce principe doit être admise en ce cas, et pourquoi la preuve de la bonne foi que l'assureur invoque doit être laissée à sa charge. Puis, il se livre à une digression sur la nature de l'attribution de l'indemnité, telle

but, en premier lieu, de conserver leur gage aux créanciers, but qui ne serait pas atteint si l'assuré, toujours instruit le premier de la destruction de son immeuble, pouvait poursuivre et recevoir un paiement valable et rapide et au besoin pour dépouiller plus sûrement des créanciers, abréger même les délais en consentant une réduction dans le chiffre de l'indemnité ; — Attendu que la loi a eu un autre but ; elle a considéré que, lorsque des délégations étaient consenties sur l'indemnité, les délégataires n'ayant qu'un droit éventuel omettaient le plus souvent de faire signifier leurs délégations et qu'ils ne prenaient cette mesure qu'à la nouvelle de l'incendie, en sorte que le paiement de leur créance était pour ainsi dire entré eux le prix de la course. Bien que l'antériorité de l'opposition ne crée aucun droit de préférence au profit des opposants, les créanciers les plus rapprochés seraient favorisés au préjudice des créanciers éloignés si une opposition était nécessaire et si tous n'étaient pas également sommés de produire, le deuxième but de la loi, qui a été de procurer à tous les créanciers inscrits le bénéfice de l'égalité, ne serait donc pas plus atteint que le premier ; — Attendu enfin, puisqu'il s'agit d'interpréter une loi nouvelle, qu'il n'est pas inutile de se reporter aux travaux préparatoires et de rappeler que le rapporteur s'exprimait ainsi : « Cette loi fait survivre le droit réel de l'hypothèque ou du privilège à l'existence de l'objet sur lequel ce droit réel a été constitué » ; — Attendu, dès lors, que la prétention de la compagnie *La Confiance* paraît juste

qu'elle est réglée par la loi de 1889, dont à notre avis, il aurait parfaitement pu se dispenser, car elle était inutile pour arriver au résultat auquel il aboutit ; d'autant plus qu'il nous semble se tromper singulièrement sur ce point. Le transfert légal n'a pas pour effet, comme il le dit, de dessaisir l'assuré à l'égard de l'assureur ; l'assuré, au contraire, reste toujours créancier de son premier débiteur ; la cession légale n'opère pas novation.

Mais il fait très bien ressortir que dans tous les cas la responsabilité de l'assureur se trouve engagée ; qu'en conséquence il ne peut et ne doit payer l'indemnité sans être certain, en l'absence même d'opposition, qu'il n'existe sur l'immeuble incendié ni hypothèques ni privilèges inscrits. Il fait également remarquer, avec justesse, que le but de la loi qui est de conserver aux créanciers leur gage et de maintenir entre eux le bénéfice de l'égalité en même temps que des droits de préférence que la loi ou leur inscription leur donne, ne serait pas atteint si l'assureur pouvait, sous prétexte qu'il ignore ces droits, en bouleverser l'ordre par un paiement anticipé.

Un autre jugement du tribunal de commerce

et s'appuie sur le texte de la loi, sur les motifs aussi bien que sur les déclarations préliminaires de ses auteurs.

Par ces motifs : donne acte à la compagnie *La Confiance* de ce qu'elle se déclare prête à payer la somme de 1057 fr. 95 à qui par justice sera ordonné, déclare la demande de Charbonnel mal fondée, l'en déboute et le condamne aux dépens. (S. 90, 2, 174).

de Vienne, du 11 août 1891, a décidé, contrairement à ce que nous pensons, qu'une compagnie d'assurance contre l'incendie *ne peut* pas rechercher, au moyen de l'examen de la situation hypothécaire de l'assuré, s'il existe d'autres créanciers que ceux opposants et qui ont déclaré renoncer à leur opposition, pour leur payer l'indemnité revenant à leur débiteur ; — que la loi exige seulement, pour que le paiement soit valable, l'absence d'opposition et la bonne foi, c'est-à-dire, à ce dernier point de vue, un ensemble de circonstances repoussant toute idée de précipitation de la part de la compagnie pouvant être considérée comme une sorte de connivence avec le débiteur, — mais que néanmoins, en présence des termes vagues et généraux de la loi, on ne saurait blâmer une compagnie d'avoir apporté une certaine résistance au paiement, ne voulant pas se faire juge des circonstances de la cause qui, à raison de certaines oppositions existantes et révélant d'autres créanciers, exigeaient plus de circonspection de la part de la débitrice (1).

(1) La compagnie *L'Urbaine* avait assuré les risques mobiliers et immobiliers de M. Givord, et lui devait une indemnité de ces deux chefs. Plusieurs créanciers de M. Givord avaient formé opposition entre les mains de cette compagnie, mais avaient, depuis, donné mainlevée de leurs oppositions. La compagnie *L'Urbaine* paya à M. Givord l'indemnité afférente aux risques mobiliers, mais crut prudent, avant de payer l'indemnité immobilière, de lever un état de charges qui révéla plusieurs inscriptions. M. Givord lui demanda de

Si nous décidons que l'inscription vaut opposition, la question de paiement fait de bonne ou de mauvaise foi ne se soulevra pas chaque fois qu'il y aura des privilèges ou hypothèques inscrits et vis-à-vis des créanciers qui ont pris ces inscriptions. Mais où l'article 2, deuxième alinéa, aura surtout son application, c'est dans les cas, et ils sont très nombreux, où il existera sur l'objet assuré des privilèges et hypothèques occultes dispensés d'inscription.

Par un oubli étrange, inexplicable, aucune allusion n'a été faite dans les rapports et dans les discussions, au Sénat et à la Chambre, sur les hypothèques légales. Le mot d'hypothèque légale n'a même pas été prononcé. Cet oubli est d'autant plus étrange que ce sont précisément les créanciers

passer outre, et, sur son refus, l'assigna en paiement. La compagnie exposa les faits devant le tribunal, tout en s'en rapportant à justice sur l'application de la loi du 19 février 1889.

Le tribunal de commerce rendit le jugement suivant :

Attendu qu'il n'y a pas à s'occuper de l'indemnité mobilière qui n'a fait et ne pouvait faire de difficulté; — Attendu que la compagnie *L'Urbaine* déclare être prête à payer à Givord l'indemnité lui revenant, et déclare en même temps s'en rapporter à justice sur l'application de la loi du 19 février 1889, n'entendant assumer aucune responsabilité quant au paiement; — Attendu que tous les créanciers de M. Givord qui ont fait connaître leur existence et formé des oppositions ont déclaré y renoncer; — Attendu que dans ces conditions, la compagnie ne peut pas rechercher, au moyen de l'examen de la situation hypothécaire, s'il existe d'autres créanciers pour leur verser la somme revenant à Givord; — Attendu que, s'il en était ainsi, la loi aurait impérativement déclaré que la

jouissant de ces droits de préférence qui méritent le plus les faveurs et la sollicitude de la loi. Ces droits, en effet, ne seront pas connus par l'inscription. Le code civil s'est bien préoccupé du danger de ces hypothèques et privilèges occultes à l'égard des acquéreurs d'immeubles qui en sont chargés ; il a organisé, à cet effet, la purge, procédure spéciale qui fait apparaître les hypothèques légales dispensées d'inscriptions et les privilèges sur les immeubles ; mais, alors même que la loi de 1889 assimile l'indemnité d'assurance au prix de vente et considère, de ce fait, la compagnie comme étant dans une situation analogue à celle l'acquéreur, on ne peut appliquer au paiement de cette indemnité la même procédure qu'au prix de vente : ce serait créer la loi et non l'interpréter.

compagnie ne pouvait se libérer valablement que sur la production d'un certificat négatif d'inscriptions;—Attendu qu'elle exige l'absence d'oppositions et la bonne foi, c'est-à-dire, à ce dernier point de vue, un ensemble de circonstances repoussant toute idée de précipitation de la part de la compagnie, pouvant être considérée comme une sorte de connivence avec le débiteur;—Attendu, dans la cause, que le temps qui s'est écoulé depuis le sinistre, sa notoriété, les oppositions de quelques-uns des créanciers, permettent à la compagnie *L'Urbaine* de se dessaisir de la somme qu'elle doit sans encourir aucune responsabilité ; — Attendu que néanmoins, en présence des termes vagues et généraux de la loi, on ne saurait blâmer la compagnie *L'Urbaine*, d'avoir apporté une certaine résistance au paiement, ne voulant pas se faire juge des circonstances de la cause qui, à raison de certaines oppositions existantes et révélant d'autres créanciers, exigeaient plus de circonspection de la part de la débitrice. (P. F. II, 1892, p. 235).

Quant aux privilèges spéciaux sur les meubles et les privilèges généraux de l'article 2101, lorsqu'ils ne portent que sur le mobilier, il n'y a aucun moyen légal de les connaître. Les créanciers qui en jouissent n'auront donc que la ressource de prouver la mauvaise foi de la compagnie qui aurait payé en connaissance de cause.

§ 2. — **Mode de paiement.**

L'article 2 dit que les créanciers privilégiés et hypothécaires seront payés sur l'indemnité suivant leur rang.

C'est ici qu'apparaît la véritable réforme que notre loi nouvelle apporte aux errements antérieurs ; elle rend, pour ainsi dire, à cette catégorie de créanciers le droit de se faire payer suivant l'ordre de préférence que la loi leur accordait ou qu'ils s'étaient réservé par une convention suivie des formalités légales. Ce droit, ils l'avaient perdu par le sinistre qui avait eu pour effet de changer la nature de leur gage, et en même temps par conséquent la nature de leurs droits.

Le but de la loi a été de supprimer, d'écarter ces effets nuisibles aux intérêts du crédit, en dérogeant sur ce point aux principes généraux, comme elle l'avait déjà fait pour le prix de vente. Il faut donc supposer, quant à l'attribution aux créanciers des indemnités dont parle notre loi, que la

chose assurée sur laquelle porte les droits de ceux-ci, au lieu d'être détruite ou endommagée par une des causes prévues par l'assurance, a été vendue ; que l'indemnité qui prend sa place dans le patrimoine de l'assuré est un prix de vente ; que la compagnie qui doit cette indemnité est un acquéreur et appliquer en conséquence les mêmes règles dans un cas que dans l'autre.

1^o — Il n'y a pas de créanciers connus.

S'il n'y a pas eu d'oppositions entre les mains de la compagnie d'assurance ou du responsable et si d'ailleurs ceux-ci ne connaissent aucun créancier à privilège ou hypothèque, nulle difficulté ne s'élèvera ; le paiement sera valablement fait à l'assuré et le débiteur de l'indemnité ne pourra plus être recherché pour ce paiement.

2^o. — Il y a des créanciers connus.

A. — Ils s'entendent

Des créanciers à hypothèques ou privilèges se sont révélés par une opposition ou sont connus de l'assureur. S'ils s'entendent entre eux et avec l'assuré sur leurs droits respectifs, tout est parfait. La compagnie, après s'être fait donner mainlevée des oppositions et avoir satisfait à toutes les obli-

gations légales, exigera une quittance collective qui la dégagera vis-à-vis de tous.

Pour éviter les frais et les lenteurs d'un ordre ou d'une contribution judiciaire, on a souvent recours à l'ordre et à la contribution consensuels pardevant notaire. Celui-ci examine les titres, liquide les droits de chacun, distribue l'indemnité suivant le rang de chaque créancier jusqu'à complet épuisement des deniers, il se fait donner quittance et dresse de toutes ses opérations un procès-verbal qu'il fait approuver par tous les créanciers, même par ceux qui, pour cause d'insuffisance du montant de l'indemnité, n'ont pu venir en ordre utile et prendre part à la distribution ; il fait ensuite, sur le vu de ce procès-verbal, radier toutes les inscriptions existantes et l'affaire est en ordre. Mais un règlement de cette nature ne peut toujours avoir lieu, car il suppose des intéressés capables et maîtres de leurs droits. Etant donnés les avantages de cette manière de procéder, l'application doit en être recommandée pour la distribution des indemnités d'assurances (1).

B. — Ils ne s'entendent pas.

Si les créanciers et l'assuré ne s'entendent pas, il y a lieu de procéder à l'ordre ou à la distribu-

(1) Cf. Laurent, loc. cit., t. X, n° 159 et note. — Pannier, p. 34, n° 13. — Escorbiac, loc. cit., p. 408 et s.

tion par contribution judiciaire suivant qu'il s'agit d'une indemnité représentant un immeuble ou d'une indemnité représentant du mobilier, et, à cet effet, de s'en rapporter aux principes généraux. Ces principes généraux sont posés, pour la distribution par contribution dans les articles 656 à 673 du code de procédure civile et, s'il s'agit d'une indemnité relative à un immeuble, on appliquera les règles suivies en cas de distribution d'un prix d'adjudication et indiquées par les articles 749 et suivants du même code.

Mais que fera dans ces circonstances l'assureur? Gardera-t-il par devers lui l'indemnité jusqu'à ce que les contestations entre les intéressés soient tranchées, ou la consignera-t-il?

L'assureur n'a pas à se faire juge des difficultés qui peuvent s'élever entre les divers intéressés sur le rang à attribuer à chacun d'eux, la valeur de leurs titres et le *quantum* de leurs créances. Ce serait d'ailleurs imprudent de sa part, car il engagerait gravement sa responsabilité et s'exposerait à payer deux fois.

C'est l'objection que l'on peut faire au système de M. Oudiette (1) qui semble séduisant au premier abord, en ce sens qu'il donne le moyen d'éviter autant que possible les lenteurs nécessairement inhérentes à la procédure d'ordre ou de contribution.

M. Oudiette suppose trois hypothèses :

(1) *Moniteur des assurances*, 1889, p. 96.

Première hypothèse : Tous les créanciers sont d'accord entre eux, en ce qui concerne la répartition de l'indemnité, mais c'est l'assuré qui voyant cette indemnité absorbée par lesdits créanciers, se désintéresse du règlement et refuse d'intervenir à la quittance.

L'assureur, après s'être fait remettre les différentes pièces qui, suivant les circonstances, pourront être de nature à justifier de l'existence et du rang des créances, (grosses des obligations, état d'inscriptions hypothécaires, baux notariés, etc.), n'aura alors qu'à signifier à l'assuré, par acte extrajudiciaire, qu'en présence de ces justifications et en vertu de la loi du 19 février 1889, l'indemnité sera versée par lui à MM...., créanciers privilégiés ou hypothécaires, à moins que, dans le délai de huit jours, par exemple, il ne croie devoir contester l'existence de tout ou partie de ces créances et former, par suite, opposition au paiement projeté, lui déclarant que, faute de ce faire, et ce délai passé, il sera considéré comme ayant, au contraire, reconnu la validité des dites créances et par suite du paiement dont il s'agit. Si, à la suite de cette sommation, l'assuré garde le silence, la compagnie pourra parfaitement se libérer entre les mains des créanciers, sur leur quittance collective, car, en admettant que, par impossible, l'assuré soit en mesure de démontrer l'existence totale ou partielle de telle ou telle créance apparente, la faute qu'il aurait commise, en ne répon-

dant pas à l'acte extrajudiciaire signifié par l'assureur, le rendrait, en tous les cas, non recevable à agir plus tard contre celui-ci.

Si, au contraire, en réponse à cette sommation, l'assuré déclare s'opposer au paiement de l'indemnité, l'assureur n'aura qu'à attendre une assignation. S'il est assigné simultanément par tous les intéressés, il demandera la jonction des instances, se déclarera prêt à verser l'indemnité entre les mains de qui par justice sera ordonné et, en raison de ce que le débat lui est, en somme, étranger, il conclura à bon droit à ce que les dépens soient mis à la charge de celle des parties litigantes qui perdra son procès.

S'il est assigné par l'un seulement des intéressés, se fondant sur les oppositions des autres il demandera leur mise en cause et conclura ensuite comme ci-dessus.

Deuxième hypothèse. — L'assuré est disposé à intervenir à la quittance, mais ce sont les créanciers qui, étant en désaccord sur leurs rangs respectifs et, par suite, sur la répartition de l'indemnité, ne peuvent s'entendre pour signer collectivement cette quittance.

Dans ce cas l'assureur, après s'être fait remettre, comme dans la première hypothèse, les pièces justificatives de l'existence et du rang des différentes créances, signifiera à chacun de ceux des créanciers qui, après examen de ces pièces, ne lui paraîtront pas devoir venir en ordre utile pour

la totalité de leurs créances, comment, d'après lui, l'indemnité doit être répartie, en les sommant d'avoir à déclarer dans le délai de...., s'ils entendent former opposition à un paiement ainsi effectué, les prévenant que, faute de ce faire, et le dit délai expiré, ils seront considérés comme ayant approuvé l'ordre proposé par la compagnie et, par suite, reconnu la validité du paiement qui sera effectué dans ces conditions.

Si, à la suite de ces sommations, les créanciers visés gardent le silence, l'assureur versera l'indemnité sur une quittance collective de l'assuré et de ceux de ses créanciers arrivant en ordre utile, en gardant seulement, s'il y a lieu, la fraction de l'indemnité revenant à ceux des autres créanciers qui, ne pouvant être intégralement désintéressés, auraient refusé d'adhérer à la quittance, tout en ne répondant rien à la signification dont il a été parlé ci-dessus.

Si, au contraire, à la suite des sommations qui lui auront été faites, quelques-uns des créanciers non colloqués forment opposition au paiement projeté, l'assureur aura à surseoir au dit paiement et à suivre exactement la même ligne de conduite que dans la deuxième hypothèse.

Troisième hypothèse. — L'assuré ni ses créanciers ne peuvent s'entendre pour signer collectivement la quittance.

Dans cette hypothèse, beaucoup plus délicate que les deux précédentes, l'assureur pourrait en-

core, ce nous semble, parfaitement sauvegarder ses intérêts, en signifiant à toutes les parties un acte collectif dans lequel il déclarerait qu'en présence du désaccord existant entre elles, tant au sujet de l'existence que du rang des différentes créances, il déposera les fonds à la Caisse des dépôts et consignations dans le délai de.... à moins que, dans ce délai, les dites parties ou l'une d'elles ne déclarent également par acte extra-judiciaire, former opposition à ce dépôt.

Si, à la suite de cette signification, tous les intéressés gardent le silence, la compagnie pourra, en toute sécurité, se débarrasser des fonds, en les déposant à la Caisse des dépôts et consignations, car l'assuré et les créanciers, après avoir ainsi approuvé implicitement le dépôt, seraient ensuite, toujours pour la même raison, (1382 cod. civ.) absolument irrecevables, à en contester l'opportunité.

Que si, par impossible, l'un des intéressés déclare, au contraire, s'opposer même à la consignation de l'indemnité, l'assureur n'aura qu'à attendre les assignations et procéder comme dans les deux précédentes hypothèses ».

3^o — Consignation.

Si nous refusons aux compagnies le droit de se faire ainsi juges des contestations qui peuvent s'élever entre les créanciers ou entre l'assuré et les créanciers, que devront-elles faire ?

MM. Malapert (1) et de Corny (2) disent qu'elles ne paieront pas et ne déposeront pas le montant de l'indemnité. Qui donc, en effet, disent ces auteurs, parmi les intéressés, aurait qualité pour faire sommation aux compagnies d'avoir à effectuer ce dépôt ? Personne, nul n'ayant qualité pour agir contre elles, tant que l'on n'aura pas effacé les privilèges et hypothèques, elles garderont leur argent et profiteront de son intérêt. « Le directeur d'une compagnie », ajoute M. Malapert, « qui opérerait autrement, serait un mauvais administrateur. Il doit attendre pour se dessaisir que les droits des parties prenantes soient réglés. Or qui peut nous dire quand ils le seront » ?

Nous pensons qu'il faut ici encore, en ce qui concerne le débiteur de l'indemnité s'en référer aux principes généraux applicables au débiteur du prix de vente : « Faute par le saisi et les créanciers de s'accorder dans le dit délai (d'un mois) dit l'article 657 du code de procédure civile, l'officier qui aura fait la vente sera tenu de consigner, dans la huitaine suivante, et à la charge de toutes les oppositions, le montant de la vente ». D'autre part l'article 4 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 relative aux attributions de la caisse des dépôts et consignation complète ces dispositions et s'exprime ainsi : « Il ne pourra être ouvert

(1) Loc. cit.

(2) Loc. cit., p. XI.

aucune contribution de ventes, recouvrements mobiliers etc..., sans que l'acte de réquisition qui doit être rédigé conformément à l'article 658 du code de procédure ne contienne mention de la date et du numéro de la consignation qui en a été faite. »

L'objection faite par les auteurs précités et, avec eux, par M. Pannier (1) qui prétend que pour être valable une consignation volontaire doit être précédée d'offres réelles, ne saurait nous arrêter. S'il est vrai, qu'en général, toute consignation doit être précédée d'offres réelles, nous trouvons dans nos lois des exceptions à cette règle. Tels sont les articles 777 du code de procédure civile, 30 de loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime et 54 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ces dispositions dispensent d'offres réelles les adjudicataires, dans les cas qu'elles prévoient, pour la simple raison que ceux qui ont des droits à prétendre sur le prix de l'immeuble saisi ou exproprié ne sont pas connus ou que leur situation respective n'est pas encore fixée. Cette raison peut sans difficultés, nous le croyons, être invoquée dans notre hypothèse et conduire à la même solution.

(1) Loc. cit., p. 36, n° 16.

Section VII. — Disposition transitoire. — Conflit pouvant se produire entre un cessionnaire de l'indemnité et un créancier dont l'hypothèque ou le privilège est postérieur à cette cession.

Article 4 : « Les dispositions de l'article 2, ne préjudicieront pas aux droits des intéressés, dans le cas où l'indemnité aurait fait l'objet d'une cession éventuelle à un tiers, par acte ayant date certaine au jour où la présente loi sera exécutoire à la condition toutefois que le transport, s'il n'a pas été notifié antérieurement, en conformité de l'article 1690 du code civil, le soit au plus tard dans le mois qui suivra. »

Il est un principe fondamental en matière de législation, c'est que toutes les fois que le législateur rend obligatoire, sous peine de déchéance, une formalité qu'il n'avait pas auparavant exigée avec la même rigueur, il accorde toujours aux intéressés un délai de grâce pour conserver leurs droits ?

L'article 4 est l'application de ce principe et ne peut donner lieu à aucune difficulté. Il a d'ailleurs amplement été justifié par M. Lacombe auteur de l'amendement qui l'a fait adopter (2), et par M. Manoury, rapporteur du projet devant la Chambre (3). Mais pourquoi la même disposition n'a-t-

(1) Escorbiac, loc. cit., p. 425.

(2) *Suprà*, p. 142.

(3) *Suprà*, p. 148.

elle pas été déclarée applicable aux cas prévus par l'article 3 et notamment à ceux du premier alinéa de cet article auquel toutes les autres règles s'appliquent? C'est encore une inconséquence du législateur à signaler et qu'il est impossible de justifier.

A propos de cette disposition transitoire qui a pour but de protéger le cessionnaire dont le droit à l'indemnité est acquis définitivement, ou le sera par l'accomplissement des formalités exigées à cet effet dans le mois qui suivra la promulgation de notre loi, signalons une situation qui n'a pas été prévue et qui mérite cependant d'attirer l'attention : Comment se réglera le conflit entre le cessionnaire de la créance d'indemnité et le créancier dont le privilège ou l'hypothèque est postérieur en date à cette cession ?

Disons tout d'abord, qu'il arrivera rarement de voir une cession d'indemnité consentie alors qu'il n'existe encore sur l'immeuble aucune hypothèque ou aucun privilège. Il serait bien extraordinaire, en effet, qu'un créancier se fasse céder l'indemnité d'assurance, sans avoir pris auparavant la précaution de prendre une sûreté réelle sur l'immeuble, objet de cette assurance ; et s'il a pris cette précaution, la cession lui est inutile.

Le conflit que nous signalons ne se présentera donc que très exceptionnellement en pratique. Mais si le fait se produit, nous pensons que le cessionnaire qui, par l'effet de la cession régulièrement

signifiée ou acceptée, est devenu propriétaire de la créance cédée à l'égard du tiers, ne pourrait nullement être inquiété par ces mêmes tiers créanciers de leur cédant, qui, après coup, se seraient fait consentir une hypothèque sur l'immeuble. On pourrait, il est vrai, nous objecter que la loi dispose au profit de tous les créanciers privilégiés et hypothécaires quelconques, existants au moment du sinistre, sans distinguer en aucune façon à quel moment leurs sûretés ont pris naissance. Mais ne peut-on pas répondre que, d'autre part, la loi ne peut préjudicier aux droits régulièrement acquis, alors qu'il n'y avait aucun obstacle à cette acquisition régulière. L'assuré, c'est incontestable, restait maître, comme il l'est encore même après avoir hypothéqué son immeuble, de céder l'indemnité éventuelle ; la loi n'a pas pour effet de rendre cette indemnité incessible. D'ailleurs les créanciers dont les droits réels d'hypothèque ou de privilège sont postérieurs à la cession ne peuvent se plaindre d'aucun préjudice du fait de celle-ci. Par la signification qui a rendu parfaite la cession à l'égard de tous, en la rendant publique, le cessionnaire est devenu définitivement propriétaire. Ceux qui, malgré cela, avancent leurs fonds à l'assuré, savent à quoi ils s'exposent ; ils savent que l'indemnité est sortie du patrimoine de leur débiteur et qu'ils ne peuvent plus compter sur elle (1).

(1) *Huc*, p. 15, § 31.

CHAPITRE II.

ATTRIBUTION DES INDEMNITÉS AUTRES QUE CELLES
D'ASSURANCE. — RISQUES LOCATIFS, ET RECOURS
DU VOISIN.

Article 3, § 2 : « En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre. »

Il ne s'agit plus ici, comme dans les dispositions édictées par l'article 2 et le § 1 de l'article 3, d'accorder aux créanciers qui ont une hypothèque ou un privilège sur la chose incendiée, une faveur spéciale. Nous entrons dans un ordre d'idée tout différent, n'ayant aucune relation avec la situation réglée précédemment.

Pour bien comprendre le but et la portée de la loi, il importe d'examiner tout d'abord, dans leur nature et leur fondement, les indemnités dont elle a voulu régler l'attribution, puis les errements suivis par la doctrine et la pratique sur cette attribution, avant la loi du 19 février 1889.

Section I. — Fondement de la responsabilité du locataire et du voisin.

§ 1. — Locataire.

Notre disposition s'occupe de l'attribution des indemnités dues pour risques locatifs et pour recours du voisin.

Aux termes de l'article 1733 du code civil, le locataire répond de l'incendie, vis-à-vis du propriétaire, à moins qu'il ne prouve : que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.

Cet article établit donc une présomption de faute à l'encontre du locataire au profit du bailleur, *quia*, comme dit la loi romaine, *plerumque incendia fiunt culpâ inhabitantium*. (Loi 3 § 1. D. de officio præfecti vigilum). *Incendium sine culpâ fieri non potest*. (Loi 11. D. de periculo et commodo rei venditæ.)

Pour écarter cette responsabilité de faute qui pèse sur lui ou du moins en atténuer les effets, le locataire contracte une assurance, en vertu de laquelle l'assureur prendra, le cas échéant, son fait et cause vis-à-vis du propriétaire. C'est ce qu'on appelle l'assurance des risques locatifs.

Cette assurance a cela de particulier, que le fait seul de l'incendie ne constitue pas les assureurs

débiteurs de la somme promise, comme cela a lieu dans le cas d'assurance directe contre les risques du feu ; leur obligation est encore subordonnée à la condition que le locataire sera déclaré responsable envers le propriétaire. En effet, l'assureur a seulement garanti le locataire contre les pertes que lui faisait éprouver le recours accordé par la loi au propriétaire. Si donc le recours n'est pas exercé ou s'il n'est pas fondé, toutes les causes qui affranchissent le locataire, affranchissent également l'assureur qui n'a garanti que les effets éventuels de la responsabilité du locataire (1).

§ 2. — Voisin.

L'incendie qui a dévasté plusieurs édifices donne aux propriétaires incendiés une action en dommages-intérêts contre celui dans la maison duquel le feu a pris naissance. Ce recours est fondé sur les articles 1382, 1383 et 1384 du code civil, en vertu desquels celui qui, par sa négligence ou son imprudence, a causé du tort à autrui, est tenu de le réparer. D'où l'assurance contre le recours du voisin destinée à indemniser des effets de ce recours celui qui les subit.

Ici, il n'y a plus de présomption de faute ; le voisin n'est responsable que si l'on fait contre lui la preuve d'une faute ou d'une négligence suffi-

(1) Grün et Joliat, loc. cit., p. 228 et 229.

sante pour le rendre tel, aux termes des principes généraux dont ce cas n'est qu'une application. Or, d'après ces principes, s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage causé, il en est dû réparation. Les dispositions des articles 1382 et suivants embrassent, en effet, tous les genres de dommages, depuis l'homicide, jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi, tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniserà la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés. Toutes ces responsabilités peuvent être l'objet d'une assurance (1).

On a cependant longtemps discuté la question de savoir si la présomption légale de faute établie par les articles 1733 et 1734 du code civil contre le locataire en faveur du propriétaire pouvait être invoquée contre l'habitant de la maison qui a communiqué le feu, c'est-à-dire contre le voisin. Plusieurs anciennes décisions de jurisprudence avaient même été rendues dans le sens de l'affirmative (2) et la cour de cassation, sans se prononcer catégoriquement, avait semblé tout d'abord accueillir ce système, mais, depuis un arrêt du 18 décembre 1827 (3), la question avait été défini-

(1) Grün et Joliat, loc. cit., p. 230.

(2) Grün et Joliat, loc. cit., p. 237 et 454.

(3) Amiens, 24 messidor, an II, S. tom. 7, 2, 1012. Metz 24 déc. 1825, D. J. P. 1827, I, 271.

Douai, 24 mars 1821, S. tom. 24, 2, 250. Cass. 14 juin 1827, D. J. P. 1827, I, 271.

tivement tranchée par la cour suprême dans le sens de la négative qui est d'ailleurs l'application de vrais principes ; car le système contraire créait une présomption légale, alors que seule, une loi spéciale peut en créer (art. 1350 c. civ). Or, non seulement il n'existe pas de texte établissant une présomption légale contre celui dans la maison duquel le feu a pris naissance et d'où il s'est communiqué aux voisins, mais il y a dans notre code un article 624 qui place l'incendie au rang des cas fortuits.

Si le législateur a créé une présomption de faute contre le locataire, c'est pour donner au propriétaire la plus grande garantie possible. Ce n'est donc point seulement parce qu'un individu habite la maison incendiée qu'il est présumé en faute, il faut de plus qu'il en soit locataire ; c'est à la réunion de ces deux circonstances qu'est attachée la présomption de l'article 1733.

De même que l'assurance du risque locatif, l'assurance du recours du voisin est soumise à une condition essentielle ; il faut que les voisins incendiés soient fondés à exercer une action en dommages-intérêts, c'est-à-dire que l'habitant de la maison qui a communiqué le feu soit responsable et que, par conséquent, ils aient rapporté la preuve de la faute ou de la négligence qui a donné naissance au fait, cause du dommage. Il faut de même, en cas d'assurance du risque locatif, pour que l'assureur soit tenu de payer l'indemnité, que le

responsable soit poursuivi, que le recours contre lui soit exercé.

Section II. — Attribution de l'indemnité due au locataire et au voisin avant la loi du 19 février 1889.

§ 1. — Système suivi par la jurisprudence et la plupart des auteurs.

Avant la loi de 1889, on décidait généralement que l'indemnité due au locataire incendié ou au voisin par l'assureur des risques locatifs et du recours du voisin, n'était point exclusivement et directement affectée au propriétaire vis-à-vis duquel le locataire ou le voisin avait été déclaré responsable du sinistre ; qu'elle constituait le gage commun de tous les créanciers de ce dernier et devait leur être distribuée par contribution.

Cette solution se justifiait pleinement. L'assuré, en effet, en faisant garantir par un assureur ses risques locatifs ou de voisinage, a contracté en son nom personnel ; c'est envers lui seul que l'assureur est tenu à l'indemnité ; c'est à lui seul qu'il doit la payer ; il ne connaît que lui. Aucun lien juridique n'existe entre l'assureur, le propriétaire ou le voisin qui, en réalité, souffre du dommage causé. Si ceux-ci peuvent avoir une action quelconque contre l'assureur, ce n'est qu'en vertu des

articles 1166 et 1167 du code civil. Comme toute valeur mobilière, l'indemnité tombe dans le patrimoine de l'assuré et devient le gage commun de tous ses créanciers qui se la partagent au marc le franc, s'il n'y a pas entre eux des causes légitimes de préférence. Ces causes légitimes de préférence peuvent résulter d'une cession de l'indemnité qui aurait été faite par le locataire à son propriétaire. Mais à défaut de cession, le propriétaire est considéré comme un simple créancier. Il ne peut être question de causes de préférence telles que l'hypothèque ou le privilège ; ces droits réels ne peuvent exister sur une responsabilité. Une responsabilité n'est pas sujette en effet à privilège ou hypothèque.

§. 2 — Reproches faits à ce système. — Arguments invoqués par le système contraire.

Après quelques hésitations, la jurisprudence avait adopté cette doctrine, en harmonie parfaite avec les principes du droit.

Cependant elle a été vivement discutée. On a voulu donner au propriétaire et au voisin un véritable droit de préférence sur l'indemnité due au responsable, à l'encontre des autres créanciers de celui-ci. Pour y arriver, des motifs qui, il faut bien l'avouer, ne sont pas sans valeur, ont été invoqués par d'éminents auteurs.

Ce qui frappe tout d'abord, en effet, c'est que celui-là seul qui peut mettre en mouvement l'action contre le locataire, celui-là seul, par conséquent, qui peut faire que le locataire ait droit à une indemnité, n'ait pas plus de droit sur cette indemnité qu'un créancier quelconque.

A. — Faculté laissée au responsable de s'enrichir au moyen de l'assurance.

En accordant au locataire le droit de toucher pour lui l'indemnité, on lui permettrait, disait-on, de s'enrichir au moyen de l'assurance ; car cette assurance ferait entrer dans son actif une somme qui en réalité ne doit pas lui appartenir ; or, s'il est un principe certain en matière d'assurances, c'est que ce contrat constitue un moyen de garantie et non de spéculation, qu'il ne doit jamais être pour l'assuré une cause de gain.

Les raisons qu'on a données et que nous trouvons dans les motifs d'un arrêt de la cour de cassation du 20 novembre 1859 (1), pour combattre cette première objection, sont mauvaises selon nous. Aux termes de l'arrêt précité, le principe d'après lequel l'assurance ne doit jamais être pour l'assuré une cause de gain, serait une règle spéciale aux rapports de l'assureur et de l'assuré ; il n'y aurait pas lieu de s'en préoccuper dans les rapports de l'as-

(1) B. de M., I, 89, note

suré et destiers et surtout dans ceux des créanciers de l'assuré entre eux. L'assuré responsable ne s'enrichirait pas, ne réaliserait pas personnellement un bénéfice puisque l'indemnité, telle qu'elle aurait été fixée par le contrat, ne ferait que passer entre ses mains ; « il ne reçoit que ce qu'il doit, dit l'arrêt ; fût-il insolvable, son actif ne s'accroît que d'une somme absolument égale à son passif ; cet actif n'est pas accru, ce passif n'est pas diminué » (1).

Si nous n'avions que de semblables arguments à opposer à ceux qui veulent attribuer l'indemnité directement au propriétaire, il faut reconnaître que notre théorie n'aurait pas de base bien sérieuse.

Il n'est pas nécessaire, en effet, qu'une somme reste entre les mains de celui qui la touche pour l'enrichir ; si elle sert à désintéresser ses créanciers personnels, il nous semble qu'elle diminue son passif et qu'en conséquence elle l'enrichit.

Il n'est pas non plus vrai de dire que la règle d'après laquelle l'assuré ne doit point s'enrichir au moyen de l'assurance, n'est vraie qu'entre l'assureur et l'assuré, mais est étrangère aux conséquences que le contrat peut amener à l'égard des tiers. Nous ne la jugeons pas ainsi, mais plutôt comme une règle d'ordre public. « La loi, la raison et la morale publique », disent Grün et Joliat (1) « ne permettent pas de s'enrichir aux dépens d'autrui ; elles

(1) Journ. des ass., 1852, p. 183.

s'opposent pareillement à ce que le contrat d'assurance puisse devenir l'objet d'un gain illicite, ce qui aurait lieu si l'on pouvait assurer à son profit la chose d'autrui ». Tous ces principes seraient renversés si l'assurance du risque locatif pouvait tourner directement ou indirectement au profit du locataire autrement que par son affranchissement qui profite également aux créanciers particuliers du locataire, puisque le propriétaire n'a plus rien à réclamer pour ce dommage dans la répartition des valeurs actives du débiteur.

Sans aucun doute, le système suivi par la jurisprudence avant la loi de 1889 pouvait conduire à ce résultat fâcheux de procurer un bénéfice à l'assuré, et de graves raisons d'équité justifient l'intervention du législateur sur ce point ; mais était-ce là une raison suffisante pour déroger aux principes, pour créer un privilège au profit du propriétaire ? Le rôle de l'interprète est de commenter la loi, mais non de la créer.

B. — Subrogation virtuelle du propriétaire dans les droits du responsable contre l'assureur.

On a dit encore : « L'assuré n'a droit d'exiger une indemnité qu'autant que le propriétaire le poursuit en responsabilité. Le propriétaire, maître absolu de provoquer l'action de l'assuré contre son assureur, de la mettre ou de ne pas la mettre en

mouvement, se subroge virtuellement, en le faisant, dans les droits du responsable contre l'assureur dont la mission est de prendre fait et cause pour l'assuré (1) ».

Mais qu'est-ce que cette subrogation virtuelle?

Elle n'existe pas. Sans doute, le responsable ne peut recevoir aucune indemnité, si le risque que celle-ci doit couvrir, c'est-à-dire la poursuite du propriétaire, ne se produit pas ; mais s'il se produit, ce n'est pas une raison pour inventer une subrogation au profit du propriétaire. D'après nos principes de droit, la subrogation est légale ou conventionnelle. Les cas de subrogation légale sont strictement limités (art. 1251 cod. civ.), et la subrogation conventionnelle n'existe que si elle est expressément stipulée (art. 1250 cod. civ.).

C. — Le locataire agit dans l'intérêt du propriétaire en même temps que dans le sien propre.

Le locataire, ajoute-t-on, a stipulé non seulement dans son intérêt, mais aussi dans celui du propriétaire. « Lorsque l'assurance a pour objet de garantir le locataire de la responsabilité que font peser sur lui les articles 1733 et suivants du code civil, elle a pour but de le soustraire à une action de la part du propriétaire ; le locataire agit

(1) Douai, 2 déc. 1869, D. P. 70, II, 145, note de M. Leroy.

donc, en ce cas, pour le compte de ce dernier et, lorsque l'assurance aura son effet, c'est-à-dire lorsque le locataire sera responsable de l'incendie arrivé à l'immeuble qu'il tient en location, la somme à payer pour réparation du dommage appartiendra au propriétaire ; les créanciers du locataire eux-mêmes ne pourront prétendre qu'elle tombe dans la masse des biens de leur débiteur et qu'elle doit leur être distribuée » (1).

Ce raisonnement n'est pas juste. L'article 1121 sur lequel il s'appuie n'est pas applicable ici. Il est bien évident que l'intérêt du propriétaire n'a pas seul guidé le locataire qui s'assure contre le risque locatif. S'il contracte cette assurance, c'est même uniquement dans son intérêt, pour éviter les conséquences fâcheuses de la responsabilité que la loi lui impose. Par ricochet, son assurance peut, il est vrai, bénéficier au propriétaire, donner à celui-ci une espèce de cautionnement, de garantie nouvelle, mais ce n'est pas une raison pour dire qu'il agit dans son intérêt. On peut même affirmer sans crainte, que jamais il n'a pensé stipuler dans l'intérêt de son propriétaire.

D'autre part il est certain que, comme le dit très bien un arrêt du 21 août 1868 (2), par le fait seul de cette stipulation, le locataire assuré cesserait d'être maître de son contrat et de pouvoir le modifier et

(1) Poujet, Dict. des ass. terrest., p. 708 et arrêts cités en note.

(2) D. P. 68, II, 236.

le résoudre d'accord avec l'assureur, du jour où il conviendrait au propriétaire de déclarer qu'il entend profiter de la stipulation ; qu'une pareille abdication de son droit personnel, de la part de l'assuré, ne saurait se présumer en l'absence d'une convention expresse.

D. — Argument tiré de la nature et des effets du contrat de bail.

On insiste cependant et l'on dit encore (1) : Pour résoudre la question, il importe de déterminer d'une manière exacte quels sont la nature et les effets du contrat de bail, et quels sont les droits du propriétaire et les obligations du locataire quand la chose louée vient à périr. La chose louée reste la propriété du bailleur ; elle est momentanément confiée à la garde et à la surveillance du locataire qui doit la rendre, à l'expiration du contrat, au propriétaire, dans l'état où elle était au moment où elle lui a été confiée. Si elle vient à périr, il en est responsable comme tout détenteur et même plus qu'un autre détenteur. L'article 1733 ne fait qu'étendre la règle de l'article 1382.

Une fois établi que l'obligation principale du preneur est de rendre au propriétaire la chose confiée en location ou ce qui en reste, en cas de destruction partielle, la conséquence forcée sera

(1) Tribun. civil de Lyon, 23 avril 1861. — Cour de Lyon, 21 déc. 1861. D. P. 62, II, 114.

que, dans aucun cas, le locataire ne pourra ni pour lui, ni pour ses créanciers, soit retenir une partie de la chose louée, soit exercer, dans leur intérêt, une action dont le résultat serait de faire entrer dans sa caisse une somme plus ou moins importante représentant le prix que coûterait le rétablissement de la chose détruite. L'exercice de cette action ayant pour base, pour point de départ la chose d'autrui sur laquelle les créanciers personnels du locataire n'avaient aucun droit et n'ont jamais dû compter, ne peut appartenir qu'au propriétaire lui-même ; il n'est pas besoin d'aller chercher des arguments sur les articles 1166 et 1121 du code civil, c'est dans l'article 1303 que se trouve le siège de la question. Cet article dispose que, dans le cas même où le débiteur ou pour mieux dire, le détenteur de la chose d'autrui n'a aucune faute à se reprocher, il doit céder au propriétaire toutes les actions en indemnité qui sont nées à l'occasion de la perte de cette chose ; il doit en être de même, et à plus forte raison, dans l'hypothèse où le locataire est en faute ; en effet, le bon sens et la conscience répugnent à l'admission d'un principe par suite duquel les créanciers du débiteur profiteraient de la faute, peut-être même du crime de celui-ci, pour s'enrichir aux dépens des propriétaires qui n'ont jamais contracté avec eux.

E, — Argument tiré de la nature et des effets du contrat d'assurance.

D'autre part, dit-on, le locataire, obligé de rendre la chose louée ou d'en payer la valeur, lorsqu'elle a péri par sa faute, ne fait, en contractant une assurance, que substituer à son lieu et place la compagnie qui l'assure. Celle-ci contracte donc, comme le locataire lui-même, non pas une obligation de payer une somme d'argent, mais une obligation de faire, c'est-à-dire de rétablir les lieux dans leur état primitif ou d'en payer la valeur, de réparer en un mot le dommage causé. S'il faut reconnaître, qu'en thèse générale, les compagnies préfèrent payer une somme d'argent au lieu de prendre les embarras d'une reconstruction, c'est uniquement pour leur convenance qu'ils agissent ainsi ; on ne pourrait sérieusement soutenir que si la compagnie préférerait reconstruire ou réparer, les créanciers du locataire auraient néanmoins le droit de demander au propriétaire ou à la compagnie, le versement entre leurs mains du prix de ces mêmes réparations. Ces mêmes créanciers ne peuvent avoir plus de droits, dans le cas où la compagnie charge le propriétaire de reconstruire lui-même et lui paie à forfait une somme déterminée par une expertise.

Enfin, l'article 2093, prétend-on, ne fait pas obstacle à l'attribution de l'indemnité au proprié-

taire, car il ne s'agit pas de la distribution du prix d'un bien appartenant au débiteur, dès lors il ne peut être question du privilège. En effet, l'action étant la propriété du maître de la chose qui a péri, son produit ne tombe pas dans l'avoir du locataire.

F. — Réponse à ces arguments.

Il nous semble facile de répondre à ces objections.

Nous avons vu que Laurent a déjà voulu s'appuyer sur l'article 1303, pour donner aux créanciers hypothécaires et privilégiés un droit direct sur l'indemnité d'assurance. Les raisons que nous avons alors invoquées pour repousser son système, peuvent encore l'être tout aussi bien ici. On ne peut comparer le preneur à bail à un débiteur de corps certain et, pas plus qu'on ne peut le considérer comme un débiteur de corps certain, on ne doit l'assimiler à un dépositaire (1933 c. civ.), ce qu'on pourrait aussi essayer de faire. Il ne faut pas torturer ainsi le contrat de bail au point de le dénaturer complètement.

Si l'on peut dire que l'assureur se substitue à l'assuré, cela n'est vrai que dans leurs rapports entre eux, mais non à l'égard des tiers. Il y a deux actions bien distinctes qu'il faut se garder de confondre et qui naissent de sources différentes, celle du locataire assuré, contre son assureur et

celle du propriétaire contre son locataire responsable. Pour les fondre en une seule, qui appartiendrait au propriétaire contre l'assureur, comme voudrait le faire le système que nous combattons, il faudrait recourir à une subrogation tacite, or la subrogation tacite, virtuelle, comme on a voulu l'appeler, n'existe pas.

Sans doute encore, si l'assureur tenu de l'obligation alternative de payer une indemnité ou de reconstruire choisit cette dernière solution, on verra le propriétaire profiter et même profiter seul de l'assurance, mais ce fait heureux pour lui ne peut créer à son profit aucun droit, pas plus que sa situation ne peut changer dans le cas où l'assureur se résoudrait à l'autre alternative.

Revenons donc aux vrais principes qui d'ailleurs ont prévalu et ont fait adopter par la doctrine et la jurisprudence le système contraire. Celui qui accorde au propriétaire seul le droit à l'indemnité, à l'exclusion du locataire et des créanciers de celui-ci, crée, en dehors de tout texte de loi, un véritable privilège (1).

(1) Aubry et Rau, t. III, note 10.

Répert. encyclop. V^o assurances, n^o 267.

Journ. ass. 1852, p. 183.

Lyon, 27 déc. 1861, D. P. 62, II, 114.

Paris, 21 août 1868, D. P. 68, II, 236.

Douai, 2 déc. 1869, D. P. 70, II, 145.

Paris, 10 mars 1871, S. 71, II, 39.

Cass., 20 déc. 1859, S. 1860, I, 24.

Cass., 31 déc. 1862, S. 1863, I, 531. B. de M., I, p. 89 et 99.

Section III. — Inconvénients de ce mode d'attribution. Moyen par lequel on y remédiait.

§ 1. — Inconvénients.

Il faut néanmoins convenir que la rigoureuse application des principes, d'après lesquels l'indemnité due en vertu du contrat d'assurance contre les risques locatifs et le recours du voisin, devait, avant notre loi, être payée au responsable et à lui seul, présentait de graves inconvénients, notamment celui de permettre à ce dernier de s'enrichir aux dépens d'autrui. Ce résultat était absolument inique et même immoral.

MM. Darras et Tarbouriech, partisans convaincus du système que nous avons repoussé, font parfaitement remarquer les conséquences désastreuses auxquelles on aboutissait : « Tous les raisonnements du monde ne nous feront pas admettre », disent-ils, « qu'il n'y ait là, pour les créanciers, un enrichissement scandaleux, résultant du

Contrà, Paris, 13 mai 1837, D. P. 38, II, 134. B. de M., II, 33.

Paris, 25 mars 1855, D. P., 55, II, 235. B. de M., II, 169.

Darras et Tarbouriech, loc. cit., p. 44 et suiv.

Gaz. des Tribunaux, 11 février 1880.

Labbé, Revue critique, 1876, p. 571 et 665.

Sebire et Carteret, Encycl. du droit, V^o assur. terr., n^o 163.

malheur d'autrui, et ce qui est plus grave encore, de la faute de leur débiteur. Ainsi on arrive à un résultat singulier : les créanciers invoquant cette faute, et s'en faisant un avantage, ont intérêt à ce que le propriétaire poursuive leur débiteur. Voyez la conséquence de ce système : le débiteur peut se soustraire à la responsabilité de l'article 1733, en prouvant que l'incendie est dû à un cas fortuit ou a été communiqué par la maison voisine ; cette preuve nuirait aux créanciers de l'assuré ; ceux-ci détourneront leur débiteur de le faire ; ils plaideront même qu'il est coupable. La compagnie prétend-elle établir le cas fortuit pour se soustraire à l'obligation de payer l'indemnité ! Elle les trouvera au rang de ses adversaires, et surtout, sourdement, clandestinement, ils s'efforceront de l'entraver dans ses recherches, déroberont à sa vue, de leur mieux, les circonstances propres à l'éclairer sur les vraies causes de l'incendie, de sorte qu'en dernière analyse c'est l'assureur qui souffrira de cette malencontreuse jurisprudence, forcé qu'il serait de payer quand en réalité il ne devrait rien » (1).

« Enfin une considération touchant vivement l'ordre public peut être tirée de l'intérêt qu'un locataire embarrassé dans ses affaires, à la veille d'une déconfiture ou d'une déclaration de faillite, aurait à incendier la maison habitée par lui ; ce

(1) Darras et Tarbouriech, loc. cit., n° 99.

serait un moyen de faire entrer dans son actif l'indemnité promise, de s'assurer un concordat, que la plupart des créanciers, heureux d'obtenir un dividende supérieur à celui qu'ils espéraient, seraient inévitablement conduits à accorder (1). »

§ 2. — **Moyens d'y remédier.**

A. — Cession éventuelle.

De même que pour arriver à supprimer les effets de l'attribution de l'indemnité, comme chose mobilière, à tous les créanciers de l'assuré indistinctement, la pratique avait déjà trouvé le moyen de la cession, de même ici, elle engageait le bailleur qui traitait avec un locataire d'exiger de lui, dans le contrat même de bail, la cession à son profit de l'indemnité éventuelle. Mais si, d'une part, cette précaution présentait les mêmes inconvénients que ceux que nous avons vus à propos de la cession aux créanciers privilégiés et hypothécaires, d'autre part, elle ne pouvait être prise que par le bailleur et non par le voisin qui lui ne dispose pas d'un moyen juridique pour exiger cette cession.

Et puis, si ce moyen pouvait être utile pour arriver à un but équitable et légitime, il pouvait

(1) Gaz. des Tribunaux, 11 février 1880.

aussi ouvrir une porte facile à la fraude. Le responsable voulant soustraire à tous l'indemnité, à ses créanciers aussi bien qu'à celui qui a souffert du dommage, n'avait qu'à consentir une cession fictive donnant au cessionnaire fictif un droit exclusif à l'indemnité.

B. — Transaction entre le propriétaire et l'assureur.

Aussi, avait-on cherché d'un autre côté un remède plus efficace à la situation du propriétaire.

On le trouva dans l'interprétation d'un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 20 mars 1874 maintenu par un arrêt de la cour suprême (1).

Dans cet arrêt il a été jugé que le droit du locataire d'une maison incendiée, qui a fait assurer ses risques locatifs, de réclamer à l'assureur de ces risques une indemnité, est subordonné à l'exercice de l'action du propriétaire contre ce locataire. Qu'en conséquence, lorsque le propriétaire de l'immeuble sinistré ou la compagnie qu'il a subrogée à ses droits a, par suite d'une transaction directe avec l'assureur des risques locatifs, déclaré se désister de son action en responsabilité contre le locataire, ce dernier ne peut prétendre à aucune indemnité contre l'assureur des risques locatifs. Qu'il en est ainsi alors même que le locataire, au

(1) Cass., 5 février 1878. D. P., 1878, I, 161. — S., 1879, I, 409.

moment où le désistement du propriétaire a été signifié, aurait été déclaré en état de faillite.

Le propriétaire, au lieu de s'adresser à son locataire seul responsable envers lui, n'avait donc qu'à se mettre en rapport direct avec l'assureur de celui-ci et qu'à lui dire : « J'ai une action contre le locataire qui a traité avec vous ; il dépend de moi seul de mettre cette action en mouvement et de vous obliger à payer l'indemnité à laquelle vous êtes tenu. Cette indemnité est de 10,000 ; versez-moi 9,000 et je renoncerai à tout recours. » L'assureur se hâtait évidemment d'accepter dans ces conditions et le propriétaire, au moyen d'un petit sacrifice, atteignait le résultat que la loi lui refusait.

Les assureurs entre eux agissaient de même. L'assureur du propriétaire et celui du responsable traitaient directement ensemble au sujet de l'indemnité due par ce dernier, et personne n'avait d'action pour contester la validité de ce traité parfaitement légitime quel qu'il fût, comportât-il même le paiement intégral de l'indemnité en question.

« En effet le sinistré, — propriétaire, voisin etc... — désintéressé par son assureur qu'il avait subrogé dans ses droits contre le responsable, ne pouvait plus rien demander ni à celui-ci ni à celui-là ».

« Le responsable, auquel ni le sinistré, ni l'assureur ne demandaient rien, n'avait lui-même aucune réclamation à adresser à sa compagnie.

Quant à ses ayants-droit, ils se trouvaient naturellement dans la même situation à l'égard de la dite compagnie » (1).

C'est cette situation qui fut signalée au Sénat, par M. Lenoël, dans la séance du 2 février 1888 et qui fut l'objet, de la part de M. Lacombe, d'un amendement devenu l'article 3 de la loi (2).

Le législateur a donc eu pour but de combler une lacune, de rendre légal le résultat auquel on n'arrivait que par une subtilité juridique. Ce but a-t-il été réellement atteint et la situation du propriétaire ou du voisin, vis-à-vis du responsable est-elle meilleure aujourd'hui qu'autrefois ? C'est la question qui maintenant se pose à nous.

Section IV. — Indemnités auxquelles s'applique l'article 3.

Et d'abord quelle est la portée exacte de la loi ? A quelles indemnités s'applique-t-elle ?

Elle ne s'applique qu'à deux espèces d'indemnités pour responsabilité ; 1^o à celle due par le locataire présumé responsable en vertu de l'article 1733 ; 2^o à celle du voisin responsable si l'on établit contre lui une faute ou une négligence conformément à l'article 1382.

(1) Oudiette, loc. cit., p. 140.

(2) *Suprà*, p. 134 et 141.

Mais ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, il existe bien d'autres responsabilités qui peuvent donner lieu à des indemnités. Ainsi le propriétaire qui a contre son locataire chez lequel le feu a pris une action en indemnité peut être déclaré lui-même responsable de l'incendie envers son locataire (art. 1721) et celui-ci peut avoir, de ce chef, un recours contre lui. Ce recours peut être garanti par une assurance et, l'indemnité due au propriétaire, en vertu de ce contrat d'assurance, n'appartiendra pas au locataire seul, mais tombera dans la masse des biens du propriétaire, servira, par conséquent, à payer au marc le franc tous ses créanciers, parmi lesquels viendra le locataire sans aucun droit de préférence.

On peut encore en dire autant de l'indemnité stipulée par le dépositaire en garantie du recours du déposant, par l'architecte et l'entrepreneur en garantie de la responsabilité qui leur est imposée par la loi, etc...

Lors de la discussion de la loi, il avait été question d'étendre la disposition de l'article 3 et de la rendre générale. Dans la séance du 2 février, M. Lenoël qui, le premier, avait fait remarquer la situation du propriétaire vis-à-vis de l'indemnité due au locataire, indiquait une autre situation plus intéressante encore, disait-il, celle où une assurance a été faite par un industriel contre les accidents que subissent les ouvriers dans l'exer-

cice de leur profession et proposait, en conséquence, de généraliser la disposition de l'article 3. Cette généralisation aurait eu pour effet de donner un droit direct et exclusif, sur une indemnité due en vertu d'une assurance de responsabilité, à tous ceux qui souffrent du dommage que couvre cette assurance. Mais si le législateur a reculé devant une disposition aussi large, il a préféré être illogique et inconséquent en restreignant l'innovation proposée aux deux cas indiqués. Il est vrai, et ce peut être son excuse, que, dans ces deux cas, la responsabilité est la conséquence d'un sinistre et semble ainsi se rapprocher davantage de la disposition de l'article 2.

Certains commentateurs de la loi de 1889 (1), pensent cependant qu'il y a lieu de généraliser la disposition et cela par raison d'analogie. Ils espèrent que la jurisprudence ne s'arrêtera pas à la lettre de la nouvelle loi et qu'elle en étendra au contraire l'application à toutes les assurances de responsabilité. C'est aller non seulement contre le texte de la loi qui ayant établi une exception aux principes généraux doit être strictement interprétée, mais encore et évidemment, contre l'intention même du législateur. Les juges doivent interpréter la loi quand les termes n'en sont pas nets et précis, mais ils ne peuvent faire œuvre de législateurs en appliquant à des espèces non prévues des règles édictées pour des cas spéciaux,

(1) Darras et Tarbouriech, *loc. cit.*, p. 51 et 52.

Oudiette, *loc. cit.*, p. 140 et s.

limitativement déterminés. « Que le législateur ait eu tort de ne viser que deux sortes d'assurance de responsabilité, » dit M. de Corny (1) », la chose est bien possible, et c'est une critique de plus à ajouter à toutes les autres, mais, en fait, il n'a visé que l'assurance du risque locatif et du recours du voisin, la loi ne peut donc être appliquée à d'autres assurances » (2).

**Section V. — Personnes au profit desquelles
s'applique l'article 3, § 2.**

Les indemnités faisant l'objet de notre article 3 § 2 ne pourront être payées à l'assuré avant que le propriétaire, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre.

Par tiers subrogé, il faut entendre évidemment l'assureur qui, ayant payé au propriétaire ou au voisin assuré l'indemnité due en vertu du contrat

(1) Loc. cit., appendice, p. XIV.

(2) Pendant que la loi du 19 février 1889 se votait au Sénat, on discutait à la Chambre des Députés un projet de loi sur l'assurance contre les accidents du travail. Peut-être est-ce la raison pour laquelle le Sénat a négligé de s'occuper de cette question si importante qu'indiquait M. Lenoël, de l'attribution de l'indemnité due directement et par privilège à la victime de l'accident, pensant qu'elle serait promptement tranchée par la loi en préparation. S'il s'est nourri de cet espoir, il a eu grand tort, car le dit projet, comme bien d'autres, hélas ! a avorté, et Dieu sait quand il reverra le jour !

d'assurance, se trouve, par suite de ce paiement et par suite de la clause de subrogation contenue dans la police, subrogé à tous les droits de l'assuré contre toute personne responsable de l'incendie.

Il faut aussi entendre l'expression tiers subrogé comme comprenant tous ceux qui, ayant payé le propriétaire ou le voisin, se trouvent subrogés de plein droit, aux termes de l'article 1251 du code civil.

Le créancier du propriétaire ou du voisin qui, pour garantir sa créance, s'est fait céder par son débiteur l'indemnité qui pourrait lui être due, doit encore être considéré comme un tiers subrogé ; mais à condition toutefois qu'il se soit conformé aux dispositions de l'article 1690 et qu'il ait signifié la cession au débiteur de l'indemnité, c'est-à-dire à la compagnie d'assurance ; sans quoi, il ne pourrait agir que comme tout autre créancier et dans la mesure de l'article 1166, au lieu et place de son débiteur négligeant d'exercer ses droits.

Section VI. — Caractère de la disposition.

« Ces indemnités ne pourront être payées, » dit notre article, « sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre. »

En employant ces termes, le législateur a cherché à éviter qu'on voie dans cette disposition la

création d'un privilège nouveau au profit du propriétaire, du voisin ou du tiers subrogé à leurs droits. La crainte de mériter le reproche de la création d'un privilège semble le dominer dans tout le cours de la discussion ; il évite d'en prononcer le mot, alors qu'il y touchait de si près.

Ce n'est donc pas un privilège qu'établit l'article 3 § 2. Qu'est-ce alors ? « L'effet du bénéfice établi par l'article 3, » dit M. Pannier (1), « est de subordonner la perception de l'indemnité du risque locatif ou de voisinage à la justification préalable que satisfaction a été donnée à l'auteur du recours. Ce bénéfice consiste donc en un véritable droit de rétention que l'assureur de responsabilité exerce pour le compte de la personne lésée, à l'encontre de l'assuré et de ses ayants-droit, cessionnaires de l'indemnité et créanciers saisissants. »

Tant que cette personne lésée ne sera pas désintéressée des conséquences du sinistre, l'indemnité est indisponible entre les mains de l'assureur. En appliquant à la lettre les dispositions de l'article 3 on arriverait à des résultats bizarres.

Avant d'avoir droit à l'indemnité, l'assuré doit désintéresser celui envers qui il est responsable ; l'indemnité qu'il recevra ensuite sera comme une espèce de remboursement.

En premier lieu, cette manière de procéder sera la plupart du temps impossible. Comment en effet, le locataire ou le voisin que le sinistre vient de

(1) Loc. cit., p. 50, n° 5.

frapper, trouvera-t-il la somme nécessaire pour payer son propriétaire ou son voisin. Celui-là seul qui pourrait la lui donner, son assureur, en est empêché; défense lui est faite de se dessaisir des fonds avant le désintéressement du propriétaire. On tourne ainsi dans un véritable cercle vicieux.

En second lieu, il n'y a pas de corrélation nécessaire entre l'indemnité stipulée par l'assurance et le montant des dommages-intérêts dus par le responsable. C'est le résultat de ce principe certain que l'indemnité d'assurance ne peut comprendre que les conséquences immédiates du sinistre, les dommages directement causés par le feu; tandis que la responsabilité du locataire et du voisin envers le propriétaire s'étend à toutes les conséquences du sinistre sans distinction (art. 1382). Ainsi, par exemple, le locataire pourra être déclaré responsable de la perte éprouvée, par suite de l'impossibilité de relouer pendant un certain temps, jusqu'à complète réparation l'immeuble incendié, du chômage, du temps perdu, etc.....

L'indemnité due par l'assureur et objet du droit de rétention sera donc presque toujours inférieur à la somme réclamée par le propriétaire ou le voisin. Or, pour qu'un droit de rétention soit efficace, pour qu'il offre une sûreté véritable, il faut que la valeur sur laquelle il porte soit au moins égale à celle qu'il garantit. Il est certain que le responsable n'aura par exemple aucun intérêt à retenir 5000 s'il doit en payer 10000.

Le locataire ou le voisin se verra donc dans l'impossibilité absolue de payer, ou n'aura aucun intérêt à le faire et ne le fera pas. Qu'arrivera-t-il alors ? Le propriétaire poursuivra le responsable et obtiendra une condamnation contre lui. Mais, ce faisant, il renoncera tacitement à son droit de rétention ; ce qu'il peut faire, puisque ce droit est établi uniquement dans son intérêt. Le responsable poursuivi appellera en effet l'assureur en garantie. Celui-ci se verra obligé de payer par le fait de cette poursuite dont le propriétaire est l'auteur. L'indemnité deviendra disponible et devenant disponible elle tombera *ipso facto* dans le patrimoine de l'assuré.

Le propriétaire poursuivra-t-il l'assureur ? Mais il n'a contre lui aucune action, à moins qu'il n'ait pris soin de se faire consentir par le responsable une cession de l'indemnité éventuelle et qu'il l'ait fait signifier conformément à l'article 1690 du code civil. Mais alors on retombe dans les errements antérieurs à la loi de 1889, et, c'est encore là que le propriétaire et le voisin trouveront leur véritable moyen de protection.

A quoi sert donc la disposition de l'article 3, §2 ? Sans hésiter nous répondrons : absolument à rien. Et nous ajouterons qu'enon seulement cette disposition est inutile mais qu'elle est dangereuse. Ce danger a été parfaitement indiqué par M. Escorbiac (1) : « Supposons en effet, » dit-il, « que le locataire

(1) Loc. cit., p. 422.

ne signifie la cession qu'après le sinistre. Deux hypothèses peuvent se présenter : »

« 1^{re} *hypothèse*. — Lors de la notification de la cession, l'indemnité n'est frappée d'aucune saisie-arrêt. Le locateur dans cette hypothèse touche, sans difficulté aucune, l'indemnité dont la cession dûment notifiée l'a rendu propriétaire envers et contre tous. »

« 2^e *hypothèse*. — Antérieurement à la notification, des créanciers très diligents et avertis du sinistre pratiquent des saisies-arrests sur l'indemnité. Sous l'ancienne loi, le conflit entre le locataire cessionnaire et les créanciers saisissants était facile à résoudre. Les saisies pratiquées avant la notification de la cession étaient déclarées valables ; elles portaient en effet sur des valeurs qui, lorsqu'elles étaient intervenues, n'étaient pas encore sorties du patrimoine de l'assuré. Le locateur n'était pas admis à se prévaloir contre les saisissants d'une cession qui n'avait pas été notifiée en temps utile. L'indemnité tombait dans la masse et était distribuée au marc le franc. »

« La solution du conflit sera autrement difficile sous le régime de la loi nouvelle. D'une part, l'indemnité ne peut être perçue par les créanciers saisissants parce qu'elle est indisponible et parce que les créanciers ne se résigneront certainement pas, pour la percevoir, à prélever sur la masse les sommes nécessaires pour le désintéressement du locateur. »

« D'autre part, le locateur est dans l'impossibilité absolue d'obtenir mainlevée des saisies-arrêts qui sont valables, attendu qu'à la date où elles ont eu lieu, les sommes sur lesquelles elles portent appartenaient encore au débiteur. »

« En résumé, l'assureur qui détient l'indemnité ne peut la remettre ni aux créanciers saisissants, puisque la loi le leur défend, ni au locataire parce que des saisies-arrêts s'y opposent. »

« Semblable conflit se présentera même en l'absence de toute saisie-arrêt, en cas de faillite de l'assuré, lorsque le locateur, cessionnaire de l'indemnité, aura négligé de signifier la cession avant la déclaration de faillite, déclaration qui a pour effet de frapper d'indisponibilité, au profit de la masse des créanciers, tous les biens compris dans le patrimoine du débiteur commun. »

« Nous ne connaissons pas de moyen juridique pour dénouer des situations aussi inextricables et peut-être sans précédents dans le droit moderne. Forcer les créanciers saisissants à donner mainlevée et à délaisser l'indemnité au locateur, c'est reconnaître à ce dernier un véritable privilège que la loi n'a pas établi et dont nous cherchons vainement la trace dans les travaux préparatoires. »

« Forcer le locateur à laisser tomber l'indemnité dans la masse ; c'est violer ouvertement la loi, qui le protège et qui déclare l'indemnité indisponible tant qu'il n'a pas été désintéressé. »

« Il appartient à la jurisprudence de résoudre ce problème si délicat. »

« En fait la solution interviendra le plus souvent par un compromis entre le locateur et les créanciers saisissants. Le locateur renoncera à son bénéfice contre le versement d'une portion raisonnable de l'indemnité et la portion restante sera valablement remise par l'assureur aux créanciers saisissants. »

« En résumé, réforme inutile et en outre grosse de conflits pour l'avenir, telle est notre opinion sur le deuxième paragraphe de l'article 3. »

Combien il eut été plus logique et plus rationnel d'accorder tout simplement un privilège au propriétaire sur l'indemnité. Aucun de tous ces inconvénients ne se produirait. C'eut été, du reste, arriver directement au but qui se proposait le législateur dont l'intention a été certainement que l'indemnité profitât exclusivement au propriétaire ou au voisin.

On ne voit pas pourquoi la loi ne s'est pas exprimée nettement dans ce sens. La crainte d'augmenter la liste déjà longue des privilèges nous semble puérile. Le projet sur l'assurance contre les accidents qui était discuté à la Chambre pendant que notre loi était votée au Sénat et qui d'ailleurs n'a pas abouti, n'avait pas manifesté cette crainte. Il contenait dans son article 24 un paragraphe ainsi conçu : « En cas d'assurance contractée par le chef d'entreprise, l'ouvrier ou l'employé victime

d'un accident ou ses ayants-droit auront un privilège, aux termes de l'article 2102 du code civil, sur l'indemnité due par l'assureur ».

Quoiqu'il en soit, en face de son texte et de son esprit manifesté clairement dans les travaux préparatoires, il est impossible d'admettre que la loi ait voulu établir un privilège, malgré le résultat presque absurde auquel aboutit le moyen détourné employé par le législateur pour essayer de protéger le propriétaire.

M. Pannier (1) espère que la jurisprudence bien inspirée appliquera à la disposition de l'article 3 § 2 les effets d'un véritable privilège, en contraignant l'auteur du recours à accepter la délégation qui lui serait offerte sans fraude, mais à titre de satisfaction partielle et jusqu'à concurrence des sommes qui pourront être recouvrées contre l'assureur; en imposant en outre aux créanciers saisissants ou opposants, l'obligation d'adhérer à cette délégation et de fournir les mainlevées nécessaires pour que l'auteur du recours puisse toucher le montant de l'indemnité; en annulant les transports que l'assuré aurait consentis de cette indemnité dans le cas de faillite de l'assuré; en autorisant le syndic et l'obligeant au besoin à disposer de l'indemnité au profit de l'auteur du recours.

Mais nous ne pensons pas qu'elle aurait le droit

(1) Loc. cit., p. 52.

de le faire, car, ainsi que nous l'avons maintes fois répété, si la jurisprudence doit interpréter la loi et l'appliquer aux cas qui lui sont soumis, elle ne peut y suppléer et la créer par ses décisions. Ce serait l'arbitraire.

CHAPITRE III.

CRITIQUE DE LA LOI. — PROJETS DE RÉFORME.

Section 1. — Critique de la loi.

Il est un fait curieux, mais qui n'étonne pas quand on songe à la manière dont elles s'étudient et se font à l'heure actuelle en France, c'est que toutes ou presque toutes les lois votées en 1889 sont mauvaises et sujettes à critiques. Presque toutes donnent ou risquent de donner naissance à de nombreuses difficultés d'interprétation, et contiennent de flagrantes contradictions, soit en elles-mêmes, soit avec les lois existantes. Nous ne ferons que citer parmi les plus importantes, celle du 15 février sur l'hypothèque légale de la femme : l'obscurité qui enveloppe ses dispositions donnera certainement lieu à des interprétations différentes et à des jurisprudences contraires, et on ne saurait trop redouter les dérogations pour ainsi dire inconscientes qu'elle apporte aux principes de nos lois civiles (1) ; — celle du 4 mars sur la liquidation judiciaire, hérissée de difficultés de toutes sortes et dont on a déjà demandé la réformation ;

(1) Schaffhauser, lois nouvelles, 1889, I, p. 126.

— celle du 9 juillet abolissant la vaine pâture, qu'on fut obligé de rétablir l'année suivante; etc...

La loi du 19 février qui nous occupe, n'est pas celle qui mérite les moindres reproches. A peine était-elle promulguée que de toutes parts de vives critiques s'élevèrent. M. Malapert, dans un article remarquable publié dans le journal *Le Droit* (1), va même jusqu'à en demander l'abrogation immédiate, comme d'une loi dangereuse pour l'épargne, pour le crédit et pour le trésor public. « Il est de salut public, » dit-il, « qu'elle soit abrogée et le plus vite sera le mieux. »

M. Huc, dans son traité de la cession des droits de créance, dit qu'elle établit un régime mal défini, dérogeant sans motifs à l'article 1690 du code civil, dans le but de réaliser une réforme dont les créanciers diligents et avisés n'avaient pas besoin.

« La loi est mauvaise, » dit M. de Corny (2); « elle est mal rédigée et elle constitue un péril pour tout le monde. »

« Nous ne connaissons rien de plus étonnant dans ses conséquences que cette loi du 19 février 1889, » dit enfin un autre commentateur (3) : « on peut affirmer que, dans le plus grand nombre des cas, aucun chef de contentieux ne pourrait dire quelles formalités il faudrait remplir, quelles justifications il conviendrait d'exiger pour qu'une

(1) 28 juin 1889.

(2) Loc. cit., appendice, p. XVI.

(3) Gauvin, *Projet de réforme. Assur. contre l'incendie*, p. 4.

compagnie arrivât à découvrir les véritables ayants-droit à l'indemnité d'un sinistre et pût valablement se libérer. »

« Jusqu'ici les compagnies d'assurances avaient à honneur de remplir promptement leurs engagements vis-à-vis des assurés sinistrés qui pouvaient ainsi, en peu de jours, réparer leurs désastres, réédifier notamment l'usine incendiée et procurer du travail à leurs ouvriers : mais avec la loi de 1889, telle qu'elle est libellée, il n'en pouvait plus être ainsi. »

« En effet, pour se conformer aux dispositions de cette loi que seule la jurisprudence rendra peut-être praticable, pour s'épargner dans la mesure du possible l'inconvénient de payer plusieurs fois l'indemnité, les compagnies se verront obligées d'exiger de leurs assurés sinistrés des formalités et justifications longues et coûteuses, beaucoup plus compliquées que celles exigées dans les administrations de l'Etat, qu'on trouve cependant déjà bien difficiles, ou dans les administrations de chemins de fer, ou dans les établissements de crédit, car la situation faite actuellement aux compagnies d'assurances est autrement grave et périlleuse pour elles que celle de ces administrations ou établissements. »

Les défauts de la loi sont en effet très graves. Dans le cours du commentaire que nous avons essayé de faire, nous avons déjà dit que son titre n'est pas exact, que sa forme est des plus défec-

tueuses, qu'elle contient des dispositions absolument disparates n'ayant entre elles aucune relation, que, d'autre part, sa rédaction est incomplète, qu'elle a le grand tort de ne pas préciser davantage les dispositions toutes d'exception qu'elle édicte et que, par suite, de grandes difficultés d'interprétation en naissent naturellement et qu'enfin son défaut, le plus grave de tous encore à nos yeux, c'est de ne pas avoir indiqué la procédure à suivre pour le paiement de l'indemnité dont elle prononce l'attribution légale au profit de certaines personnes.

Elle s'est contentée de poser un principe nouveau sans prévoir les difficultés presque insurmontables qui en découleraient nécessairement.

Les compagnies d'assurance se trouveront dans un grand embarras lorsqu'il s'agira de payer l'indemnité. Avant la loi de 1889, elles opposaient déjà bien des obstacles à ceux qui leur demandaient de se libérer, elles exagéraient souvent les précautions. Désormais, la crainte de s'exposer à payer plusieurs fois l'indemnité les rendra très difficiles pour admettre les réclamations ; elles se verront obligées d'exiger de leurs assurés sinistrés de formalités nombreuses ou même de refuser tout paiement. Et alors les conséquences ne tarderont pas à se faire sentir ; personne n'espérant réaliser le bénéfice d'une assurance n'aura recours à ce moyen d'épargne. La loi nouvelle met ainsi en péril toutes les combinaisons qu'on avait encouragées et qui ont donné lieu à des opérations

se chiffrant par des milliards. « Le législateur n'a probablement pas compris, » ajoute M. Malapert, le trouble que sa résolution nouvelle allait jeter dans le monde des affaires. La perturbation sera profonde. » (1).

Les inconvénients que présentait le transport-cession de l'indemnité éventuelle et auxquels il eut été opportun de porter remède par une disposition législative bien comprise, subsistent toujours. Après, comme avant la loi, en effet, les créanciers hypothécaires et privilégiés restent soumis au caprice et à la mauvaise foi de leur débiteur assuré, qui peut agir de façon à ce que l'indemnité ne soit pas due pour une raison ou pour une autre.

La loi, qui attribue *de plano* à ces créanciers l'indemnité due à leur débiteur assuré, ne leur donne pas le droit de faire les déclarations nécessaires et exigées, de surveiller, de provoquer le règlement des sommes dues. Or, c'est là précisément qu'est leur grand intérêt. « Il est certain que l'assuré qui sera obéré et saura qu'il ne touchera pas d'indemnité fera rarement le nécessaire pour se mettre en règle ; il encourra des déchéances et ses créanciers en seront victimes. Lui seul a qualité pour agir dans les délais, et possibilité de le faire ; car si, d'après l'article 1166 du code civil, les créanciers peuvent exercer ses droits et actions, avant d'être certains que leur débiteur

(1) Loc. cit.

n'aura pas fait le nécessaire, avant d'avoir les moyens de prouver sa négligence, les déclarations à faire pour avoir une indemnité doivent l'être si rapidement que jamais les créanciers n'arriveront à temps » (1).

A tous ces inconvénients qui subsistent, la nouvelle loi a eu pour effet [d'en ajouter d'autres encore et non moins graves. En attribuant l'indemnité aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang, elle fait dépendre la persistance de cette attribution de la persistance du rang privilégié ou hypothécaire. Par conséquent, si pour une cause quelconque, le créancier perd son privilège ou son hypothèque, il n'a plus de rang, il perd en même temps le bénéfice de l'attribution qui lui avait été faite du droit à l'indemnité. « Il est manifeste, » dit M. Huc (2), « qu'un tel résultat n'est entré ni dans les prévisions, ni dans la volonté des rédacteurs de la loi nouvelle ; mais il est la conséquence forcée de la formule qu'ils ont employée. » Il suit de là que, dans une telle hypothèse, les créanciers auraient intérêt à être saisis du droit à l'indemnité en vertu d'une cession volontaire consentie par l'assuré avec accomplissement des formalités prescrites par l'article 1690, plutôt qu'en vertu de l'attribution légale demeurant subordonnée à la conservation du rang privilégié ou hypothécaire.

(1) Escorbiac, loc. cit.

(2) Loc. cit., n° 297.

Parmi tous ces défauts, trouverons-nous au moins dans la loi un avantage offrant aux créanciers quelque compensation ? Le principe posé est juste et équitable, sans doute. L'équité, en effet, comme nous l'avons dit au début de notre travail, semble demander que le créancier atteint par le sinistre puisse exercer son droit sur l'indemnité tout comme sur la chose assurée elle-même. Ce but n'était qu'imparfaitement atteint par la pratique qui consistait à céder l'indemnité au créancier privilégié et hypothécaire, cela est certain.

Abstraction faite des formalités et des frais qu'elle occasionne, la cession de l'indemnité a ce résultat injuste, c'est que la priorité de la signification décide du rang des créanciers ; de sorte que le rang légal du créancier titulaire d'un droit de priorité, n'est nullement à l'abri du créancier chirographaire plus diligent. L'intérêt bien entendu du crédit hypothécaire, qui est commun au créancier et au propriétaire d'un immeuble, exige donc que le droit de préférence du premier sur l'indemnité d'assurance soit reconnu législativement, de manière que celle-ci tienne lieu aux créanciers privilégiés et hypothécaires, selon leur rang, de l'objet pour lequel elle est payée. Ce résultat, la loi l'a atteint mais trop théoriquement, voilà son grand défaut.

Section II. — Projet de réforme.

Frappé de ces inconvénients et des conséquences désastreuses de la loi, M. Royer, député de l'Aube, a présenté le 8 mai 1891, une proposition de loi ayant pour objet de rectifier et de compléter la loi du 19 février 1889 sur l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances. Cette proposition fut l'objet d'un rapport sommaire au nom de la quatorzième commission d'initiative parlementaire, qui fut déposé par M. Herbecq, député du Nord, le 18 juin 1891, et le 21 octobre de la même année le projet fut pris en considération.

Après un exposé de motifs (1) où il donne une

(1) Nous croyons utile de reproduire ici cet exposé de motifs : « Antérieurement à la loi du 19 février 1889, les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux et les autres risques, étaient, à défaut de délégation régulièrement signifiée ou acceptée, dévolues à tous les créanciers chirographaires privilégiés ou hypothécaires sans aucune préférence entre eux ».

L'article 2 de cette loi dispose au contraire que : « Les indemnités dont il s'agit sont attribuées, sans qu'il soit besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang ».

« Le but de l'article 2, a dit M. Labiche, rapporteur de la commission du sénat, est de faire porter sur l'indemnité, en cas de sinistre d'un l'objet assuré, les privilèges ou hypothèques existant sur cet objet ».

Et M. Manoury, rapporteur de la commission de la chambre des députés, disait à son tour : « Ces indemnités seront

parfaite interprétation de la loi, et dans lequel il indique les raisons fort justes qui motivent sa proposition, M. Royer pose en ces termes la réforme qu'il veut introduire dans la loi :

Article unique : Le deuxième paragraphe de l'article 2 de la loi du 19 février 1889 est complété ainsi qu'il suit :

« Vaudra comme opposition, lorsque l'assureur ne reconstruira pas les bâtiments détruits, l'inscription existante du chef de l'assuré et de la per-

considérées comme la représentation de l'objet sinistré au même titre que le prix de vente de cet objet ».

La conséquence logique et nécessaire de la disposition nouvelle devait conduire le législateur à soumettre le paiement des indemnités aux règles de distribution applicables à l'objet assuré selon sa nature mobilière ou immobilière, et spécialement à décider, puisque l'indemnité de sinistre d'un immeuble est le gage des créanciers hypothécaires, que l'assureur (comme l'acquéreur est tenu de le faire s'il ne veut pas s'exposer à payer deux fois) devrait, avant de payer, lever un état d'inscription afin de s'assurer que l'immeuble sinistré est libre de charges hypothécaires.

Il n'en est pas ainsi, car le dernier paragraphe de l'article 2 porte : « Néanmoins les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables ».

Il résulte, en effet, de cette dernière disposition, que l'assureur peut valablement payer à l'assuré l'indemnité de sinistre, s'il n'a pas été formé une opposition entre ses mains, alors même qu'il existerait sur l'immeuble détruit des inscriptions hypothécaires.

Cette dérogation aux principes présente pour les placements hypothécaires les plus graves dangers, nuit au crédit du débiteur et l'expose à payer des frais inutiles.

En effet, il arrive fréquemment que le créancier n'habite pas le lieu où l'immeuble hypothéqué est situé : son domicile peut même être très éloigné. Qu'un sinistre atteigne le gage

sonne désignée en la police comme ayant des droits de propriété ou d'usufruit sur lesdits bâtiments. »

« A cet effet, l'assureur sera tenu à l'expiration de la quinzaine du sinistre de lever au bureau des hypothèques un état comprenant les charges existantes au jour du sinistre et celles qui auront été inscrites dans ce délai de quinzaine, en vertu d'un titre antérieur à l'incendie. »

« Il devra prévenir du sinistre les créanciers

et qu'il soit entre les mains d'un créancier hypothécaire postérieur ou même d'un créancier chirographaire qui, ayant été averti ou se trouvant sur place, aura formé opposition avant le versement de l'indemnité.

Objectera-t-on que le créancier hypothécaire peut, aussitôt que sa créance est née, former opposition sur l'indemnité éventuelle du sinistre ?

L'objection à mon avis n'est pas fondée.

Pourquoi, en effet, déroger aux principes établis en cette matière, alors qu'il est si simple et si peu coûteux de s'y conformer ?

Pourquoi faire supporter par le débiteur des frais d'opposition qui seront la plupart du temps inutiles (la créance ayant été remboursée avant le sinistre, ou l'immeuble étant resté intact), alors que l'un des motifs de la loi a été de simplifier les formalités et de réduire les frais ?

« J'ajoute qu'une opposition sur l'indemnité éventuelle n'offre pas au créancier hypothécaire la même sécurité qu'en cas de vente du gage, puisque le débiteur peut rendre cette opposition inefficace en assurant ultérieurement son bâtiment à une autre compagnie que celle à laquelle il était assuré au moment du prêt, soit qu'il résilie l'assurance en cours, soit qu'il attende qu'elle soit expirée ».

« J'estime donc qu'aussi bien dans l'intérêt du crédit de l'emprunteur que de la sécurité du créancier, il convient d'assimiler l'inscription à l'opposition ».

dont l'existence lui aura été révélée. Cet avertissement sera donné aussitôt la délivrance de l'état par lettres recommandées adressées à domicile élu. »

« Il retiendra par privilège les frais d'état et de recommandation des lettres d'avis sur le montant de l'indemnité. »

« Les créanciers hypothécaires ou privilégiés dispensés de prendre inscription pourront faire valoir leurs droits sur cette indemnité jusqu'au paiement ou jusqu'à ce que la distribution soit devenue définitive. »

« Si, dans le délai d'un mois à partir de la communication de l'état par l'assureur à l'assuré, les intéressés ne s'entendent pas sur la distribution amiable, l'assureur sera tenu de consigner l'indemnité, sans offres réelles préalables. »

Ainsi qu'on peut s'en apercevoir au premier examen ce projet de réforme est loin d'être complet, de remédier à tous les inconvénients et de répondre à toutes les critiques que nous avons adressées à la loi.

Il explique le deuxième alinéa de l'article 2 en précisant, comme nous l'avons fait, que l'inscription vaut opposition. Il indique la façon dont les créanciers seront prévenus du sinistre par l'assureur et comment celui-ci se renseignera des charges existant sur l'immeuble. Il se préoccupe de la question des frais. Il règle également la question de la consignation de l'indemnité dans

le cas où les intéressés ne s'entendraient pas. Mais il laisse de côté toutes les autres parties de la loi qui ont cependant tout aussi bien besoin de réforme.

Espérons que des nouvelles discussions dont l'étude de cette proposition va être l'objet, sortiront les utiles et indispensables modifications qui sont à bon droit réclamées et que, nos législateurs, convenablement renseignés, et approfondissant sérieusement les questions qui leur seront soumises, arriveront enfin à exprimer clairement leur pensée en une loi d'exécution possible (1).

(1) Nous donnons ici, à titre de document, un projet dont les dispositions nous semblent donner satisfaction aux vœux exprimés et auquel son auteur, M. P. Gauvin, chef du bureau de Paris de *l'Urbaine Incendie*, donne, par sa compétence indiscutable en cette matière, une autorité spéciale.

Modifications proposées. — Article 2. — Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, *si elle: ne sont pas appliquées par l'assureur à la réparation de l'objet assuré*, sont attribuées, sans qu'il soit besoin d'une délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang, *en représentation de la chose détruite ou endommagée qui leur servait de gage à la charge par eux de faire opposition signifiée par acte extra-judiciaire entre les mains de l'assureur.*

Les paiements faits avant opposition sont valables.

Vaudra comme opposition l'inscription existante *au jour du sinistre* sur l'immeuble sinistré du chef de l'assuré ou de la personne désignée en la police comme ayant des droits de propriété ou d'usufruit sur le dit immeuble.

Les frais de l'état de charges levé par l'assureur seront retenus sur l'indemnité.

Il en est de même de toute indemnité due par des tiers à

raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque.

En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, *l'indemnité afférente à ces risques appartiendra respectivement au propriétaire de l'objet loué, ou aux voisins, ou aux tiers subrogés à leurs droits et ce par préférence à tous autres, le tout sans préjudice des droits du propriétaire ou des voisins dans le cas où l'indemnité ne les couvrirait pas de la perte.*

Article additionnel proposé. — L'assureur pourra, un mois après avis donné par lettre recommandée aux créanciers privilégiés et hypothécaires inscrits ou opposants, opérer, sans offres réelles préalables, la consignation de l'indemnité, qui sera distribuée, à la requête de la partie la plus diligente, par voie d'ordre ou de contribution, suivant qu'il s'agira d'indemnités pour dommages à un immeuble ou d'indemnités pour dommages à des meubles.

QUATRIÈME PARTIE

DROIT COMPARÉ

Chez nos voisins, on a mieux compris l'innovation, et on l'a souvent rendue plus pratique. Il sera facile au législateur de se guider d'après ces précédents et de s'en inspirer.

BELGIQUE.

1. — Loi du 16 septembre 1851. (art. 10 et 11).

En Belgique, l'article 10 de la loi du 16 septembre 1851 sur la révision du système hypothécaire est ainsi conçu :

« Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés, soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui en cas de sinistre se trouvera due par l'assureur devra, si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré, être affectée au

paiement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles. »

« Il en sera de même de toute indemnité qui serait due par des tiers à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque » (1).

On le voit, le législateur belge plus logique n'a pas craint d'étendre le principe en assimilant à l'indemnité d'assurance toute indemnité pouvant être due pour quelque motif que ce fût, (quasi délit, quasi-contrat), par suite de la perte ou de la détérioration d'un objet grevé d'un droit de préférence.

D'autre part, il s'est bien gardé de prendre une disposition analogue à celle du deuxième alinéa de notre article 2 d'où naissent tant de difficultés, et à celle de notre article 3 quant à l'attribution de l'indemnité due au locataire.

Aussi, ne voit-on en Belgique aucune difficulté dans l'application de la loi : « L'indemnité est affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires selon le rang de chacune d'elles, « dit Laurent (2) ». Ce sont les termes de l'art. 10. Il s'applique sans difficulté lorsque les créanciers sont hypothécaires. Quant il y a une distribution à faire entre eux, d'après le rang que l'inscrip-

(1) C'est la reproduction exacte, sauf les mots « si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré », de l'art. 2095 du projet français de 1850.

(2) T. XXXI, nos 409 et s.

tion leur assigne, on ouvre un ordre amiable ou judiciaire, conformément à la loi du 15 août 1854 (art. 112, suiv.) ».

Mais il faut reconnaître néanmoins que cette loi contient une lacune, en ce qu'elle n'indique pas le moyen par lequel les créanciers dont les droits de préférence n'ont pas été rendus publics par l'inscription, se feront connaître à l'assureur et l'empêcheront de payer en d'autres mains. « Dans le silence de la loi que fera l'assureur ? Il faut nécessairement que les créanciers privilégiés se fassent connaître. Dans quelle forme ? La voie de l'opposition serait la plus efficace. On objecte que la loi ne prescrit aucune forme, ce qui est vrai. Toujours est-il que si les créanciers ne font aucune notification à l'assureur, celui-ci pourra et devra même payer l'indemnité à l'assuré ».

Cette loi fut complétée par celle du 11 juin 1874 sur les assurances terrestres et celle du 21 août 1879 concernant le livre II du code de commerce.

2. — Loi du 11 juin 1874. (art. 6. 7. 8. et 38).

La loi du 11 juin 1874 est ainsi conçue :

« *Chapitre II.* — Des personnes qui peuvent faire assurer.

« *Article 6.* — Un créancier peut faire assurer la solvabilité de son débiteur : l'assureur pourra se prévaloir du bénéfice de discussion, sauf convention contraire. »

« Les créanciers saisissants ou nantis d'un gage et les créanciers privilégiés et hypothécaires peuvent faire assurer en leur nom personnel les biens affectés au paiement de leurs créances. »

« Dans ce cas l'indemnité, due à raison du sinistre, est subrogée de plein droit à leur égard aux biens assurés qui formaient leur gage ».

« *Article 7.* — Lorsque des objets mobiliers ont été assurés, le paiement de l'indemnité fait à l'assuré libère l'assureur s'il n'a pas été formé d'opposition entre ses mains ».

Article 8. — Les dispositions des deux articles précédents n'auront d'effet qu'autant que le créancier viendrait en ordre utile dans la collocation ou dans la distribution, si la perte des objets saisis, engagés, hypothéqués ou sur lesquels existe le privilège, n'était pas arrivée ».

Chapitre IV. — Des assurances contre l'incendie.

« *Article 38.* — En cas d'incendie d'un immeuble, l'indemnité due au locataire qui a fait assurer le risque locatif est dévolue au propriétaire de l'immeuble, à l'exclusion des créanciers de l'assuré. »

« De même l'indemnité due par l'assureur du risque du recours des voisins appartient exclusivement à ceux-ci. Le tout sans préjudice des droits du propriétaire ou des voisins, dans le cas où l'indemnité ne les couvrirait pas de la perte ».

Le législateur belge a voulu ainsi protéger plus sérieusement encore les créanciers et leur per-

mettre de se garantir contre les déchéances à l'indemnité que peut encourir leur débiteur assuré.

Nous avons vu dans notre deuxième partie quelle était l'utilité incontestable de l'assurance directe contractée par le créancier. Les changements de compagnie, ou tout évènement dont le débiteur reste maître peut, au gré de celui-ci, annihiler les droits que la loi donne aux créanciers sur l'indemnité. En contractant eux-mêmes en leur nom personnel une assurance, ils échappent à ce danger.

D'autre part, la loi de 1874 par son article 38 a complété celle de 1851, en attribuant au propriétaire et au voisin victimes d'un sinistre l'indemnité due par le locataire et le voisin responsables; mais en ne généralisant pas cette règle de l'attribution des indemnités à tous les cas analogues c'est-à-dire en ne donnant pas à toute personne à laquelle une indemnité est due pour un dommage causé ou une cause quelconque un droit de préférence sur cette indemnité, à l'encontre des créanciers du responsable, elle a commis la même faute que notre loi de 1889.

3. — Loi du 21 août 1879.

La loi de 1851 avait, par son article 11, réservé de ses dispositions les indemnités dues pour assurances maritimes. Celles-ci restaient donc, sui-

vant le droit commun jusqu'alors observé, le gage commun de tous les créanciers de l'assuré, sans égard aux hypothèques ou privilèges pouvant exister sur le navire objet du contrat d'assurance. L'article 149 de la loi de 1879 a eu précisément pour objet de faire rentrer ces indemnités dans l'application du principe posé pour les assurances terrestres. Cet article s'exprime ainsi : « En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, les droits des créanciers s'exercent sur les choses sauvées ou sur leur produit, alors même que la créance ne serait pas encore due. »

« L'inscription de l'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. Dans le cas de règlement d'avaries, concernant le navire, le créancier hypothécaire pourra intervenir pour la conservation de ses droits; il ne pourra les exercer que dans le cas où l'indemnité, en tout ou en partie, n'aurait pas été ou ne serait pas employée à la réparation du navire. »

En même temps, qu'elle appliquait le principe de l'article 10 de la loi de 1851 aux assurances maritimes, la loi de 1879 dérogeait à l'article 7 de la loi de 1874. Si cette dernière disposition avait été maintenue sans exception pour les navires, l'assureur aurait pu payer l'indemnité au propriétaire du navire assuré; mais le législateur belge a pensé comme le législateur français (loi de 1874, art. 17) que l'inscription de l'hypothèque

avertirait l'assureur et rendrait l'opposition inutile et frustratoire (1).

PRUSSE.

Loi du 5 mai 1872.

La loi prussienne du 5 mai 1872 rendue sur l'organisation du régime hypothécaire décide, dans son article 30, que « l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière garantit l'indemnité d'assurance allouée aux propriétaires pour fruits, dépendances et bâtiments incendiés ou endommagés par le feu, à moins que cette indemnité ne doive être employée, d'après la police d'assurance, à la reconstruction des bâtiments. »

Cette disposition est la reproduction un peu obscure de la loi de la Hesse, article 146 : « L'hypothèque ne s'éteint pas par l'incendie du bâtiment : elle continue sur le bâtiment reconstruit et le créancier peut exiger que l'indemnité d'assurance soit employée à cette reconstruction. L'indemnité ne peut être payée à l'assuré qu'avec le consentement du créancier hypothécaire : celui-ci pourra refuser son consentement jusqu'à ce que l'assuré ait fourni caution ; l'indemnité sera déposée en justice ou mise sous séquestre. Le cré-

(1) Lyon-Caen. *Ann. lég. étr.*, 1880, p. 541, note 4.

ancier hypothécaire pourra aussi faire vendre en justice, avec le terrain, le droit à l'indemnité d'assurance. »

L'article 31 de la loi prussienne ajoute : « Toute cession et tout nantissement du droit à l'assurance, tout paiement anticipé, cession ou nantissement de loyers, etc..., seront sans effet à l'égard des créanciers inscrits. » (1)

SUISSE.

I. — Canton de Genève.

Loi du 21 septembre 1870.

Article 1^{er}. « Tout créancier peut exiger que l'immeuble de son débiteur soit assuré à une compagnie qui lui offre une garantie suffisante ; faute par le débiteur de le faire, le créancier peut faire assurer lui-même aux frais du débiteur, il est subrogé de plein droit au privilège accordé à l'assureur »,

Article 3. « En cas d'aliénation volontaire ou forcée de l'immeuble assuré, les droits et obligations résultant du contrat d'assurance sont transmis de plein droit au nouvel acquéreur contre l'assureur et réciproquement. Toutefois le nouvel acquéreur

(1) Annuaire de législ. étrang., 1873, p. 225.

a, de même que la compagnie d'assurance, la faculté de provoquer la résiliation du contrat d'assurance, mais seulement avec le consentement des créanciers inscrits. Le premier contrat d'assurance continue à produire tous ses effets tant qu'il n'a pas été remplacé par un nouveau contrat comme il est dit ci-dessus. »

Article 4. — « L'assureur doit notifier aux tiers intéressés, par deux avis successifs, insérés à une semaine d'intervalle dans la *Feuille d'avis*, le montant de l'indemnité par lui offerte, les noms et qualités de l'assuré, la situation et le numéro du bâtiment endommagé, le domicile de l'assureur dans le canton. Cet avis indique si l'insertion est la première ou la seconde ».

« A défaut de l'assureur, toute personne intéressée peut faire opérer cette insertion ».

« Les créanciers hypothécaires inscrits sur le bâtiment assuré doivent, dans le délai de deux semaines dès la seconde insertion, et s'ils s'y croient fondés, contester par voie de citation en justice le montant de l'indemnité offerte. Après ce délai, ils ne seront plus admis à le faire. »

Article 5. — « Les créanciers ayant sur le bâtiment incendié un privilège dispensé de l'inscription sont, sans désignation nominale (et aussi longtemps que la loi consacrera cette dispense d'inscription) appelés à la distribution de l'indemnité par une sommation qui est insérée dans l'avis mentionné en l'article précédent ».

« Cette sommation les met en demeure de se présenter et de produire leurs titres au greffe du tribunal civil, dans le même délai de deux semaines, à partir de la seconde insertion à peine de forclusion ».

Ainsi qu'on le voit, cette loi n'a trait qu'aux indemnités dues en cas d'assurance contre l'incendie. Mais sur ce point, elle est beaucoup plus complète que les lois précédentes et que notre loi de 1889, en ce qu'elle ne s'est pas contentée de poser un principe ; elle a prévu les conséquences pratiques que l'application de ce principe devait entraîner fatalement ; ce qui l'a amenée à en régler sagement la procédure. L'opinion la plus générale, cependant, est qu'on aurait pu excepter des formalités de publication prescrites les indemnités d'un chiffre minime, celles qui ne dépassent pas 500 francs (1).

Remarquons aussi le droit que cette loi donne aux créanciers d'obliger leur débiteur à assurer la chose qui leur sert de gage. C'est comme le fait très justement remarquer M. Pannier (2), une conséquence de ce fait que « les conceptions juridiques se transforment avec les conceptions économiques. L'usage généralisé de l'assurance peut arriver à faire considérer celle-ci comme une charge nécessaire de la propriété et l'indemnité

(1) Gauvin, loc. cit., p. 30.

(2) Loc. cit., p. 5, note 1.

comme une transformation prévue du capital assuré, devant se produire le jour où, sous sa forme actuelle, ce capital aura subi les effets d'une cause immanente de destruction ».

II. — Canton d'Unterwalden.

Loi du 21 avril 1887.

Dans ce Canton fut promulguée le 24 avril 1887 une loi concernant l'emploi des indemnités d'incendie versées par les compagnies d'assurances.

« Aux termes de cette loi, les créanciers hypothécaires, en cas de sinistre, ont le droit, d'après le nom que leur donne leur titre, de se faire attribuer l'indemnité versée en diminution de leurs créances hypothécaires. Mais si le propriétaire de l'immeuble déclare qu'il veut reconstruire le bâtiment brûlé ou endommagé, il a un droit de préférence sur l'indemnité pour les frais de reconstruction. Un délai lui est imparti par la commission supérieure de justice pour faire cette déclaration et pour reconstruire. Pendant ce temps, l'indemnité reste saisie au profit des créanciers hypothécaires, et elle ne peut être payée au propriétaire qu'au fur et à mesure des progrès de la construction » (1).

(1) Ann. lég. étr. an. 1888, p. 700, notice de M. Gardeil.

III. — Canton de Berne.

Lois du 21 mars 1834 et du 30 octobre 1881

Depuis longtemps, dans ce Canton, on s'était préoccupé de protéger les droits des créanciers hypothécaires en cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué.

Ainsi nous trouvons une loi du 21 mars 1834 qui impose, dans son article 6, l'obligation de faire assurer par l'établissement cantonal « aux propriétaires des bâtiments actuellement hypothéqués, à moins que les créanciers hypothécaires ne les dispensent formellement de cette obligation et moyennant acquitter les dettes pour lesquelles les bâtiments sont hypothéqués » (cod. civ., bernois 493).

L'article 10 de cette même loi édicte que si le bâtiment est hypothéqué, la déclaration de celui qui veut faire cesser son assurance ne pourra être acceptée qu'autant qu'il produira le consentement des créanciers.

D'après l'article 22, le propriétaire est libre de faire assurer l'intégralité du prix d'estimation du bâtiment, ou une partie seulement de ce prix, mais à une condition toutefois, c'est que le dit bâtiment ne soit pas hypothéqué.

L'article 40 prononçant la déchéance de tout droit à l'indemnité pour l'assuré qui aura volon-

tairement mis le feu à son bâtiment, réserve néanmoins, dans ce cas, les droits des créanciers hypothécaires qui pourront toucher l'indemnité jusqu'à concurrence de ce qui leur sera dû.

Une loi plus récente du 30 octobre 1881 dans son article 37 dispose : « Le paiement de l'indemnité n'aura pas lieu sans l'autorisation des créanciers hypothécaires, que le propriétaire reconstruise ou non son bâtiment ».

ESPAGNE.

Article 1877 du code civil de 1889.

« En Espagne, l'article 1877 du nouveau code civil de 1889 décide que l'hypothèque s'étend au montant des indemnités accordées ou dues au propriétaire par les assureurs des biens hypothéqués. Cet article ne fait que reproduire d'ailleurs les dispositions de l'article 110 de la loi hypothécaire du 8 février 1861 révisée par celle du 13 mars 1869 » (1).

RÉPUBLIQUE ARGENTINE.

Loi du 24 septembre 1886.

Dans ce pays une loi spéciale du 24 septembre 1886 ayant eu pour objet de créer une banque

(1) Darras et Tarbouriech, loc. cit., appendice.

hypothécaire nationale reconnaît à celle-ci, dans son article 37, comme le fait la loi précédente, le droit d'exiger du propriétaire, qu'il assure les biens offerts ou déjà donnés en hypothèque.

En cas de sinistre ajoute ce même article, le montant de l'indemnité est touché par la banque (1).

ITALIE.

Loi du 23 janvier 1887.

En Italie, une loi sur le crédit agricole fut promulguée le 23 janvier 1887 (2).

Dans son article 12, elle émettait la disposition suivante : « Si les objets soumis au privilège sont assurés les sommes dues par les assureurs, à titre d'indemnité pour pertes ou dommages, sont affectés au paiement de la créance privilégiée, selon son rang, à moins que ces mêmes sommes ne soient employées à réparer la perte ou le dommage. »

Cette loi rendue sur une matière spéciale restreint l'attribution de l'indemnité au cas qu'elle prévoit, c'est-à-dire au cas où des objets soumis au privilège qu'elle établit dans son article 1^{er} sont assurés. Cet article 1^{er} est ainsi conçu : « En garantie des prêts faits aux propriétaires ou aux fermiers des fonds ruraux par les établissements faisant les

(1) Darras et Tarbouriech, loc. cit., n° 17.

(2) Ann. lég. étr., 1888, p. 496.

opérations du crédit agricole, un privilège spécial peut être constitué sur les fruits recueillis dans l'année, sur les récoltes qui se trouvent dans les bâtiments et habitations dépendant du fonds rural et qui proviennent de ce fonds lui-même et sur tout ce qui sert à cultiver le fonds et à le garnir. »

PAYS ALLEMANDS OU LA LÉGISLATION FRANÇAISE EST ENCORE EN VIGUEUR.

Dans ces pays qui sont l'Alsace-Lorraine et la Prusse rhénane (Ressort de l'ancienne cour d'appel de Cologne), la nécessité d'une loi donnant aux créanciers privilégiés ou hypothécaires un droit sur l'indemnité d'assurance, et dérogeant à la jurisprudence française appliquée en cette matière était encore plus indispensable qu'en France. Chez eux, en effet, ces créanciers couraient un danger plus grand encore que celui auquel ils étaient exposés antérieurement, par suite de l'adoption du code de procédure allemand. D'après l'article 709 de ce code, le créancier saisissant acquiert sur la somme saisie un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers. Par conséquent, en cas de saisie-arrêt opérée par un simple chirographaire sur l'indemnité d'assurance, le créancier privilégié ou hypothécaire sur l'immeuble que cette indemnité représente, pouvait n'être plus admis, même au marc le franc (1).

(1) Ann. légis. étr. 1880, p. 285, note 6; 1882, p. 292.

I. — Alsace-Lorraine.

Loi du 4 juillet 1881

En Alsace, la loi du 4 juillet 1881 mit fin à cet état de chose. Son projet longuement et scrupuleusement étudié fut l'objet d'un remarquable rapport de M. Kleinclauss, notaire à Haguenau au nom de la commission spéciale chargée de l'élaborer.

Avec sagesse, la loi alsacienne s'est bornée à statuer sur le sort de l'indemnité due en cas d'incendie, ne pensant pas qu'une prescription aussi étendue que celle de la loi belge fut nécessaire et estimant surtout qu'il serait difficile d'en mesurer toute la portée.

D'autre part, elle n'a pas étendu le principe en question aux objets mobiliers ; elle n'eut pu du reste le faire, sans se mettre en contradiction avec les lois fédérales qui règlent souverainement à ce sujet. La législation sur les immeubles et les privilèges auxquels ils sont affectés est au contraire du domaine des législations particulières (*art. 757 cod. proc. — Ann. légis. étr. 1878, p. 88*) » (1).

Son article 1^{er} est ainsi conçu : « L'indemnité revenant au propriétaire par suite de l'assurance contre l'incendie d'un bâtiment ou d'objets dépendants d'une propriété et réputés immeubles par

(1) Gonse, ann. légis. étr. 1882, p. 292, note.

la loi, est à considérer comme étant de nature immobilière à l'égard des privilèges et hypothèques reposant au moment de l'incendie sur le bâtiment ou la propriété, et est affecté aux titulaires des dits privilèges et hypothèques selon le rang de ceux-ci ».

« L'inscription des privilèges et hypothèques peut encore être prise avec effet utile sur l'indemnité d'assurance après la perte de l'objet assuré ».

Ainsi, d'après ce texte, l'immobilisation de l'indemnité d'assurance n'est que relative : elle ne vaut qu'à l'égard des privilèges et hypothèques existants au moment de l'incendie. Tant que des droits de cette nature n'existent pas, ou si les titulaires de ces droits sont payés, l'indemnité reste mobilière. Il s'en suit notamment que la saisie de l'indemnité n'est pas exclue ; mais celle-ci ne produit son effet qu'en l'absence de droits réels et, en cas d'existence de semblables droits, seulement sur la portion de l'indemnité non absorbée par ces derniers.

Le législateur alsacien a également compris qu'il ne suffit pas de décider que l'indemnité d'assurance remplacera, à l'avenir, l'objet assuré, au profit des créanciers privilégiés et hypothécaires ; mais qu'en outre ce principe doit, pour des raisons pratiques, se renfermer dans certaines limites. Il a pensé aux difficultés qui pouvaient s'élever lors du règlement et du paiement de l'indemnité et ce que la loi française a eu le grand tort de né-

gliger, il a pris soin, comme nous allons le voir, de le régler dans tous ses détails.

Il a décidé tout d'abord, dans l'article 2 de la loi, que « les créanciers privilégiés ou hypothécaires devront faire valoir leurs droits, en faisant notifier à l'assureur une déclaration contenant les noms et le domicile du créancier et de l'assuré, la désignation de l'objet assuré grevé de privilège ou d'hypothèque ainsi que le montant approximatif de la prétention du créancier ».

D'après ce même article : « La déclaration peut-être notifiée aussitôt que le droit de privilège ou d'hypothèque aura pris naissance ; en cas d'incendie elle doit l'être sous peine de déchéance, au plus tard dans le mois qui suivra celui-ci. La notification se fait au domicile réel ou élu de l'assureur ou pour lui à l'agence où la police a été souscrite ».

« Si le créancier n'a pas de domicile dans le ressort de l'*Amtsgericht* de la situation de l'immeuble assuré, il devra désigner en même temps une personne domiciliée dans ce ressort, chargée de recevoir les significations ».

Ainsi l'attribution ne se fait pas, comme chez nous, absolument de plein droit, par le seul effet de la loi. Il faut de plus que les créanciers aient rempli certaines conditions. Cette condition consiste dans la déclaration préalable des droits qu'ils ont sur l'immeuble, faite à l'assureur. Nous voyons reproduite ici la disposition de l'article 2

du projet français de 1850, et c'est sur cette déclaration (*Erklärung*) que pivote tout le système de la loi alsacienne.

On évite ainsi la justification si difficile de la franchise hypothécaire. En présence des complications du régime hypothécaire qui est le même en Alsace que chez nous, cette justification est, en effet, d'autant plus difficile dans la pratique que le bâtiment hypothéqué a changé plus souvent de propriétaire. L'assureur tenu de payer l'indemnité ne manquerait pas, dans ce cas, de demander des extraits hypothécaires tant contre le propriétaire actuel, que contre les précédents propriétaires, ainsi que la justification que tous les créanciers inscrits consentent au règlement de l'indemnité, quoique d'habitude un grand nombre d'entre eux n'aient plus rien à prétendre et que leurs inscriptions n'aient plus de valeur. Mais lors même que ces justifications auraient été fournies, l'assureur ne pourrait encore payer, parce qu'il aurait à tenir compte des hypothèques légales et autres droits réels dont l'inscription n'est pas obligatoire. Dans l'intérêt de sa sécurité, l'assureur ne pourrait donc guère payer qu'à la suite d'un ordre judiciaire qui devrait être précédé lui-même des formalités de purge des hypothèques. Toutes ces formalités aussi longues que dispendieuses, se trouveraient dans la plupart des cas, où il ne s'agirait que d'une indemnité relativement faible, tellement en opposition avec le but à atteindre,

dit le rapporteur de la loi, que la commission a acquis la conviction qu'elles doivent être absolument évitées.

Un délai d'un mois, à partir de l'incendie, est accordé aux créanciers privilégiés ou hypothécaires pour se faire connaître à l'assureur. Pendant ce temps, l'assureur ne pourra payer l'indemnité valablement, il faut en effet que les créanciers puissent faire leur déclaration.

Ce délai d'un mois est de rigueur, tout créancier qui n'aura pas, dans ce délai, expressément notifié son droit de préférence au créancier, sera exclu du bénéfice de la loi.

Un pareil délai d'exclusion se justifie non seulement dans l'intérêt de la conclusion rapide et de la simplification de la procédure, mais aussi parce qu'elle crée une situation juridique nette et qu'elle évite les contestations. Si au lieu de fixer un pareil délai, on édictait simplement la défense à l'assureur de payer avant l'expiration d'un certain délai, tout en lui permettant de payer valablement des créanciers qui auraient fait leur déclaration jusqu'au paiement, il pourrait s'élever des difficultés entre les intéressés au sujet de la priorité des paiements ou de la production.

Au cas d'un règlement avec le propriétaire, sans qu'il ait été tenu compte des déclarations qui auraient été faites, d'autres complications ne manqueraient pas de s'élever sur la question de savoir si le règlement peut être attaqué en nullité

seulement par les créanciers qui avaient fait leur déclaration au moment de ce règlement, ou encore par ceux qui l'auraient faite plus tard.

Le délai d'un mois étant passé, trois hypothèses peuvent se présenter :

1^{re} hypothèse. — Il n'y a pas eu de déclaration. Aucun créancier privilégié ou hypothécaire ne s'est fait connaître. L'assureur, dans ce cas, sera tenu, en vertu de son contrat, de payer au propriétaire.

2^e hypothèse. — Il y a eu des déclarations et le propriétaire est d'accord avec les créanciers. Dans ce cas, l'assureur sera également tenu de payer au propriétaire et ce sera à celui-ci à rapporter la preuve que les créanciers qui ont fait la déclaration ont donné leur consentement au payement.

3^e hypothèse. — Le propriétaire et les créanciers ne sont pas d'accord. Le payement se fait alors, à la suite d'un ordre judiciaire, où néanmoins les seuls créanciers qui ont fait leur déclaration en temps utile peuvent être colloqués. « A défaut d'accord entre les intéressés, dit l'article 5, l'assuré, ainsi que chaque créancier qui aura fait sa déclaration en temps utile, pourra demander l'ouverture de l'ordre sur l'indemnité. Cette procédure se fera conformément aux prescriptions de la loi du 30 avril 1880 en observant ce qui suit :

« 1^o La requête aux fins d'ouverture de la pro-

cédure devra être présentée à l'*Amstgericht* compétent soit par écrit soit par acte de greffier ».

« A la requête devra être jointe la preuve de la consignation de l'indemnité ».

« 2° La caisse des dépôts et consignations remettra à l'*Amstgericht*, sur sa demande, les déclarations des créanciers qu'elle aura reçues de l'assureur, ainsi qu'un relevé de ses déclarations. »

« 3° Les sommations prescrites devront être faites aux créanciers en leur domicile (art. 2, al. 1). Au cas de l'art. 2, al. 3, les prescriptions de l'art. 66, de la loi précitée seront applicables. »

« 4° La sommation de produire ne devra être faite qu'aux créanciers ayant notifié leurs déclarations en temps utile à l'assureur. Il ne sera pas donné avis de la sommation au moyen de lettres chargées. »

« Dans le cas où la sommation n'aurait pas été signifiée à un créancier ayant fait sa déclaration en temps utile la prescription de l'article 49 de la loi en question est applicable. »

« 5° A la production devra être jointe la justification de la notification prévue à l'article 2, al. 1. »

« 6° Après l'expiration du délai de production, le tribunal lève un extrait hypothécaire qui ne devra contenir que les inscriptions des créanciers ayant produit. »

« 7° Les frais des mainlevées à donner par les créanciers colloqués (art. 62, de la loi du 20 avril

1880) seront prélevés sur l'indemnité d'assurance. »

Ainsi sont réglés de la façon la plus minutieuse tous les détails de la procédure à laquelle donnera lieu le paiement de l'indemnité.

Si l'assureur ne peut payer avant l'expiration du délai d'un mois, « il est en droit et peut même être tenu, à la demande du propriétaire et de tout créancier ayant fait sa déclaration, de consigner l'indemnité avec déclaration de l'objet assuré sans offres réelles préalables. »

« L'assureur devra remettre à la caisse des dépôts et consignations les actes de déclaration des créanciers avec indication des saisies-arrêts et des autres empêchements qui pourront exister. »

Ce sont les termes de l'article 4, duquel il résulte que les prescriptions particulières quant à la consignation de l'indemnité ne sont jugées nécessaires que pour le cas où il y a eu des déclarations de créanciers. Mais alors l'assureur est en droit de rester étranger aux débats ultérieurs entre le propriétaire et le créancier, en consignait l'indemnité sans autre formalité.

D'un autre côté, l'intérêt du propriétaire et du créancier exige que l'assureur soit tenu de consigner si la demande en est faite.

Dans les deux cas, l'assureur doit déclarer, au moment de la consignation, quel est l'objet assuré pour lequel l'indemnité est due, afin qu'il ne puisse s'élever aucun doute au sujet de l'immo-

bilisation du dépôt. En même temps, il sera tenu de remettre à la caisse des dépôts et consignations les déclarations qui lui auront été notifiées et de lui faire connaître les autres empêchements au paiement qui auront pu se produire.

La loi a pris soin de compléter son système reposant sur la déclaration préalable, en prévoyant tous les dangers que cette déclaration n'écarte pas et en y remédiant dans la mesure du possible.

A cet effet, l'article 3 dispose : « La notification de la déclaration des créanciers, oblige l'assureur » :
« 1° A donner avis aux créanciers, ayant fait leurs déclarations, du défaut de renouvellement de la police, de la réduction de la somme assurée, ainsi que de tout fait entraînant la résiliation de l'assurance et ce, aussitôt que ce fait lui sera connu. »

« 2° A donner avis aux dits créanciers de l'incendie et, à moins qu'il n'y ait urgence à procéder immédiatement à l'estimation du dommage, des jour, heure et lieu où il sera procédé. »

« 3° A informer sans retard les créanciers qui se seront fait connaître de l'action judiciaire qui aura pu être intentée en fixation de l'indemnité. »

« Les avis se font par lettres chargées qui devront être adressées aux domiciles indiqués par les créanciers dans leurs déclarations, ou, en cas d'indication de personnes chargées de recevoir les significations aux domiciles de celles-ci. »

« L'avis de l'incendie devra être expédié au plus

tard, le troisième jour après que l'assureur en aura eu connaissance. »

« Le même jour, au plus tard, l'assureur devra, même s'il ne lui a été notifié aucune déclaration jusque là, faire connaître l'assurance au maire de la commune de la situation de l'objet assuré, avec indication de cet objet, ainsi que du propriétaire assuré. Tout intéressé pourra prendre connaissance de cette communication. »

Cet article met ainsi les créanciers à même de connaître l'assureur de leur débiteur ; cette connaissance leur est nécessaire pour leur permettre de faire leurs notifications.

D'autre part, en obligeant l'assureur à aviser sans retard les créanciers ayant fait leur déclaration de tout fait touchant l'existence et l'importance de l'assurance, la loi les met en état de sauvegarder leurs intérêts soit en agissant sur le propriétaire, soit en dénonçant leur créance ou encore en assurant directement l'immeuble formant leur gage.

Les avis que les assureurs doivent donner aux créanciers qui se sont fait connaître permettent à ceux-ci de prévoir les cas de déchéance du droit à l'indemnité qui peuvent frapper l'assuré, et provenir de causes multiples telles que le non-renouvellement de la police, le non-paiement des primes.

Mais il faut reconnaître et d'ailleurs le législateur alsacien le reconnaît avec nous, qu'une sécurité absolue ne saurait être atteinte par ces

moyens, puisque certains faits qui, aux termes de la police, peuvent entraîner la résiliation du contrat, n'arrivent à la connaissance de l'assureur qu'après l'incendie, de sorte que le créancier ne peut plus en être informé à temps.

Le créancier informé par l'assureur, aux termes de l'article 3, de l'action judiciaire intentée par lui ou contre lui à raison de la fixation de ses obligations, sera mis en état de surveiller le règlement de l'indemnité et de prendre part, dans la mesure du possible, aux négociations entre l'assureur et le propriétaire ou les experts, au sujet de la fixation du montant de l'indemnité. Le consentement du créancier à l'accord qui pourrait intervenir entre l'assurance et le propriétaire n'est pas nécessaire, ce dernier exerçant ses droits par lui-même tant qu'un créancier n'est pas subrogé dans ses droits conformément à l'article 1166 du code civil. Contre un pareil accord, le créancier ne pourrait donc que faire valoir l'action paulienne et, c'est pour lui permettre d'exercer cette action en cas de collusion entre les parties principales que l'avis exigé de l'assureur, par la loi, lui sera très utile.

Le dernier article de la loi qui nous occupe, l'article 6, règle le cas où l'assureur, au lieu de payer l'indemnité, reconstruit l'immeuble incendié.

« Tant que l'indemnité n'est pas consignée, l'assureur, d'accord avec l'assuré, est autorisé à

remplir ses engagements par la reconstruction de l'objet assuré ».

« S'il veut faire usage de cette faculté, il est tenu d'en avertir les créanciers ayant fait leur déclaration dans la forme prescrite par l'article 3, alinéa 2, en indiquant un délai convenable pendant lequel il s'engage à faire exécuter la construction. Ce délai peut, sur l'action d'un créancier, être réduit par le tribunal compétent ».

Cet article qui ne figurait pas dans le projet de la commission fut introduit dans la loi, sur la proposition d'un membre du *Landesausschus*, M. Schnéégans, lors de la deuxième lecture du projet.

La commission cependant, ainsi que nous le révèle le rapport de M. Kleinclauss, avait bien compris toute l'utilité de la reconstruction ; elle avait bien émis l'idée qu'une reconstruction serait non seulement désirable, mais qu'elle devint même la règle et ne pût être empêchée par les créanciers hypothécaires ou chirographaires ; elle avait remarqué, avec raison, qu'un pareil système diminuerait les incendies volontaires, et répondrait ainsi à un intérêt public, sans préjudicier aux créanciers, puisque par la reconstruction, toutes choses seraient rétablies dans leur état primitif avant l'incendie ; que toutefois il ne pouvait être question d'une reconstruction obligatoire et qu'il fallait laisser au propriétaire la faculté de reconstruire.

Mais d'autre part, elle avait justement observé que, dans ce cas, l'intérêt des créancier exigerait qu'ils eussent une garantie pour l'emploi réel et exclusif de l'indemnité à cet usage, et que des difficultés sérieuses naîtraient alors relativement au choix de l'autorité chargée de la surveillance de cet emploi. « Les autorités communales, » disait le rapport, « les maires et les conseils municipaux ne paraissent pas à la commission remplir les conditions désirables pour cela, si on ne leur adjoignait pas un fonctionnaire technique. D'un autre côté, la désignation de l'*Amstgericht* ne semblait guère plus indiquée ; les juges ne possédant pas généralement l'expérience pratique et les connaissances techniques nécessaires ; ce qui les obligerait à recourir à des mesures d'instruction longues et dispendieuses, telles que des expertises. Quant à l'idée d'adjoindre au propriétaire un comité de créanciers ou un curateur *ad hoc* pour décider de l'opportunité de la reconstruction, elle ne nous a pas paru plus pratique, aussi peu que d'abandonner aux tribunaux le soin de décider dans des cas particuliers. »

« C'est à raison de ces difficultés, » ajoute le rapport, « que la commission, tout en reconnaissant l'excellence du principe de la reconstruction, a cru devoir en réserver l'application, avec d'autant plus de raisons que le propriétaire n'est plus aujourd'hui, en règle générale, dans le cas d'em-

ployer à la reconstruction, contre le gré de ses créanciers, l'indemnité provenant de l'assurance».

« Des dispositions transitoires, » concluait enfin le rapport, « ont paru superflues. Il résulte du principe même de la non rétroactivité des lois que les cessions, saisies et oppositions antérieures à la loi conserveront leur effet. D'un autre côté, le but et le contexte de la loi ne permettent pas de mettre en doute que, sans nuire aux droits ainsi acquis par des tiers, le principe de l'immobilisation de l'indemnité d'assurance entrera immédiatement en vigueur et profitera, par conséquent aussi, aux privilèges et hypothèques qui existeront au moment de l'entrée en vigueur de la loi et s'appliquera de même aux contrats d'assurance en cours à cette époque ».

Telle est la loi alsacienne du 4 juillet 1881. Suivant nous, elle a parfaitement atteint le but proposé, c'est-à-dire l'immobilisation de l'indemnité d'assurance au profit des créanciers privilégiés et hypothécaires, et cela sans nuire aux assureurs, sans exiger des formalités longues et difficiles à remplir et surtout sans jeter dans la législation des causes de troubles et d'épineuses difficultés, ainsi que l'a fait la loi française de 1889.

Il eut été bien désirable que le législateur français étudiât ce précédent ; c'eût été d'autant plus naturel que le législateur alsacien s'était surtout inspiré des dispositions du projet français de 1850 et 1851.

II. — Prusse Rhénane.

Loi du 17 mai 1884.

Dans le ressort de l'ancienne Cour d'appel de Cologne, la jurisprudence française relative à l'attribution des indemnités d'assurance était appliquée comme en Alsace-Lorraine (1). Comme en Alsace-Lorraine, par conséquent, une réforme sur ce point y était nécessaire. Elle fut consacrée par la loi du 17 mai 1884 (2). Cette loi est la reproduction à peu près textuelle de la loi précédente. Aussi est-il inutile de nous y arrêter.

Nous ferons remarquer seulement qu'elle étend la disposition non seulement aux indemnités d'assurances contre l'incendie, mais aussi à celles dues pour assurances contre la foudre et les explosions.

(1) Arrêt du tribunal de l'empire du 11 juillet 1881, S. 82, 4, 33, et Journ. du droit international privé, 1882, p. 328.

(1) Ann. législ. étr. 1885, p. 203, note de M. Bufnoir.

POSITIONS

DROIT FRANÇAIS

I. — La disposition avec charge de conserver et de rendre forme une substitution prohibée, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la personne instituée héritière était ou non héritière ab intestat du disposant.

II. — La loi du 19 février 1889 sur la restriction du privilège du bailleur n'a pas une portée générale. Elle ne vise que les bailleurs de fonds ruraux.

III. — Le mineur émancipé ne peut garantir seul par une hypothèque les obligations qu'il a valablement contractées.

IV. — La renonciation de la femme à son hypothèque légale, conformément à la loi du 15 février 1889, éteint le droit de suite sur l'immeuble et laisse subsister le droit de préférence.

DROIT ROMAIN

I. — La *minima capitis deminutio* se compose de deux éléments : la *mutatio familiæ* et la restriction dans la capacité juridique.

II. — Le *nauticum fœnus* est une véritable assurance maritime.

III. — Le *senatus-consulte velléien* fut un moyen de protection pour la femme.

IV. — La règle d'après laquelle nul ne pouvait figurer au nom d'autrui dans les solennités de la *legis actio*, ni, par conséquent, dans l'instance judiciaire qui s'engageait ensuite comportait des exceptions.

PROCÉDURE CIVILE

I. — L'exception d'incompétence *ratione personæ* ne peut être proposée pour la première fois devant le second degré de juridiction.

II. — L'omission de statuer est un moyen de requête civile et non de cassation.

III. — La règle que « nul en France ne plaide par procureur » n'est plus en vigueur aujourd'hui.

DROIT COMMERCIAL

I. — Lorsqu'il y a déclaration de faillite du débiteur, les créanciers cédulaires non seulement

ne peuvent commencer l'expropriation des immeubles du failli, mais ne peuvent même continuer des poursuites d'expropriation déjà commencées.

DROIT PÉNAL

I. — L'amnistie n'éteint pas l'action civile.

Vu :

Nancy, le 26 janvier 1892.

Le Président de la thèse,

E. LEDERLIN.

Vu :

et permis d'imprimer,

Nancy, le 26 janvier 1892.

Le Recteur,

E. MOURIN.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	1
1 ^o Droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur l'indemnité d'assurance contre l'incendie avant la loi du 19 février 1889. — Nature et caractère de cette indem- nité.	1
2 ^o Inconvénients du mode d'attribution de l'indemnité d'assurance avant la loi du 19 février 1889. — Néces- sité d'une disposition législative.	15
DÉTERMINATION DU SUJET.	21
PREMIÈRE PARTIE. — Transport-cession de l'indemnité d'assu- rance au profit du créancier de l'assuré	23
AVANT-PROPOS. — Intérêt que présente encore, après la loi de 1889, l'étude du transport-cession de l'indemnité d'assu- rance	23
Chapitre I. — Conditions de validité du transport-cession de l'indemnité d'assurance en lui-même. — Son carac- tère.	28
Chapitre II. — Conditions de validité du transport-ces- sion de l'indemnité d'assurance, à l'égard des tiers. . .	33
Section I. — Ce qu'il faut entendre par tiers. . . .	33
Section II. — Signification.	35
§ 1. — Sa définition.	35
§ 2. — Son but.	35
§ 3. — Par qui elle doit être faite.	38
§ 4. — Où et à qui elle doit être faite.	39
§ 5. — Sa date.	45
Section III. — Acceptation par acte authentique . .	46

Section IV. — Défaut de signification ou d'acceptation	48
Section V. — Effets de la signification ou de l'acceptation régulière. — Délai	52
Chapitre III. — Inconvénients du transport-cession. — Son insuffisance pour garantir le créancier hypothécaire ou privilégié	60
Section I. — Un créancier chirographaire peut primer les hypothécaires ou privilégiés.	60
Section II. — Les hypothèques légales et les privilèges dispensés d'inscription sont sacrifiés.	61
Section III. — Evénements indépendants de la volonté du créancier, venant détruire l'effet du transport-cession.	61
§ 1. — Défaut de publicité du transport-cession	
§ 2. — Du fait de l'assureur	63
A. — Transaction avec l'assuré.	64
B. — Reconstruction.	64
§ 3. — Du fait de l'assuré.	65
A. — Déchéance du droit à l'indemnité	65
B. — Résiliation et changement de compagnie	67
§ 4. — Du fait du changement de propriétaire de l'immeuble assuré.	71
§ 5. — Du fait de la location de l'immeuble assuré	75
DEUXIÈME PARTIE. — Assurance par le créancier de son droit d'hypothèque ou de privilège	79
Chapitre I. — Objet et validité de cette assurance	80
Section I. — Peut-on assurer l'existence d'une créance?	81
Section II. — Le créancier peut assurer l'immeuble de son débiteur, en son nom personnel.	83
Section III. — Assurance du créancier considérée abstractivement de l'immeuble incendié.	84
Section IV. — Assurance du droit réel d'hypothèque ou du privilège.	88
Section V. — Objections faites à la validité de l'assurance par le créancier.	90

§ 1. — Le créancier ne peut assurer en son nom personnel.	90
§ 2. — Cumul des assurances sur le même objet	92
§ 3. — Difficultés de déterminer la limite des droits du créancier sur l'indemnité.	95
Chapitre II. — Doctrine du mandat tacite	98
Chapitre III. — Conditions exigées du créancier qui veut assurer	103
Section I. — Justifications à fournir au moment du contrat	103
Section II. — Conditions exigées pendant la durée du contrat.	103
Section III. — Justifications exigées au moment du sinistre.	104
Chapitre IV. — Fixation du chiffre de l'indemnité. — Appréciation des dommages.	106
Chapitre V. — Application de la règle proportionnelle. .	113
Chapitre VI. — Avantages de l'assurance directe par le créancier.	116
TROISIÈME PARTIE. — Loi du 19 février 1889.	117
TITRE I. — Historique	117
TITRE II. — Travaux législatifs.	126
TITRE III. — Commentaire.	151
Chapitre I. — Attribution des indemnités dues en cas de sinistre par l'assureur ou le responsable aux créanciers hypothécaires et privilégiés. (Art. 2 et § 1 de l'article 3 et article 4).	153
Section I. — Caractères du principe posé par la loi. .	153
Section II. — Indemnités auxquelles s'applique l'article 2.	156
§ 1. — Indemnités dues par suite d'assurances. . .	156
A. — Assurances terrestres de choses. . . .	156
B. — Assurances sur la vie et contre les accidents.	158
C. — Assurances maritimes.	160
D. — Assurances contractées par un autre que le propriétaire de l'immeuble.	166
E. — Quotité de l'indemnité.	169

§ 2. — Indemnités autres que celles dues par suite d'assurances	170
Section III. — Créanciers qui profitent de l'attribution de l'indemnité	175
§ 1. — Créanciers dont l'hypothèque ou le privilège porte directement sur la chose objet de l'indemnité	175
§ 2. Privilèges	178
A. — Privilèges généraux	178
B. — Privilèges spéciaux	179
§ 3. — Hypothèques	183
§ 4. — Droits pouvant être assimilés aux privilèges au hypothèques	183
1 ^o Droit de rétention	184
2 ^o Séparation des patrimoines	188
3 ^o Droit de retour légal	191
4 ^o Rapport de l'héritier donataire	194
5 ^o Usufruit	195
6 ^o Privilèges et hypothèques non encore inscrits au moment de l'incendie	197
Section IV. — Nature de l'attribution. — Ses effets	199
§ 1. — Subrogation légale	201
§ 2. — Délégation	202
§ 3. — Cession légale dispensée des formalités de l'article 1690	204
§ 4. — Assimilation de l'attribution de l'indemnité à celle du prix de vente	208
§ 5. — Effets de la cession légale	210
Section V. — Application du principe posé dans l'article 2	212
§ 1. — Règlement de l'indemnité	213
§ 2. — Reconstruction	215
Section VI. — Paiement de l'indemnité (art. 2, al. 2)	218
§ 1. — Conditions de validité du paiement	218
1 ^o Opposition	219
A. — Son rôle	219
B. — Sa forme	222
C. — Délai dans lequel elle doit être faite	224

D. — Son renouvellement.	224
2 ^o Bonne foi	227
A. — En quoi elle consiste	227
B. — L'inscription vaut-elle opposition	229
§ 2. — Modes de paiement.	241
1 ^o Il n'y a pas de créanciers connus	242
2 ^o Il y a des créanciers connus.	242
A. — Ils s'entendent	242
B. — Ils ne s'entendent pas.	243
3 ^o Consignation	248
Section VII. — Disposition transitoire. — Conflit pour- vant se produire entre le cessionnaire de l'indem- nité et un créancier dont l'hypothèque ou le privi- lège est postérieur à cette cession.	251
Chapitre II. — Attributions d'indemnités autres que celles d'assurance. — Risques locatifs et recours du voisin.	254
Section I. — Fondement de la responsabilité du loca- taire et du voisin.	255
§ 1. — Locataire.	255
§ 2. — Voisin	256
Section II. — Attribution de l'indemnité due au locataire et au voisin avant la loi du 19 fév. 1889.	259
§ 1. — Système suivi par la jurisprudence et la plupart des auteurs.	259
§ 2. — Reproches faits à ce système. — Argu- ments invoqués par le système contraire	260
A. — Faculté laissée au responsable de s'enrichir au moyen de l'assurance.	264
B. — Subrogation virtuelle du propriétaire dans les droits du responsable contre l'as- sureur.	263
C. — Le locataire agit dans l'intérêt du propriétaire en même temps que dans le sien propre.	264
D. — Argument tiré de la nature et des effets du contrat de bail.	266
E. — Argument tiré de la nature et des effets du contrat d'assurance	268

F. — Réponse à ces arguments.	269
Section III. — Inconvénients de ce mode d'attribu- tion. — Moyen par lequel on y remédiait.	274
§ 1. — Inconvénients.	274
§ 2. — Moyens d'y remédier.	273
A. — Cession éventuelle	273
B. — Transaction entre le propriétaire et l'assureur.	274
Section IV. — Indemnités auxquelles s'applique l'ar- ticle 3	276
Section V. — Personnes au profit desquelles s'appli- que l'article 3.	279
Section VI. — Caractères de la disposition.	280
Chapitre III. — Critique de la loi. — Projets de réforme.	289
Section I. — Critique de la loi	289
Section II. — Projets de réforme.	296
QUATRIÈME PARTIE. — Droit comparé.	303
Belgique.	303
1 ^o) Loi du 16 septembre 1851 sur la révision du système hypothécaire	303
2 ^o) Loi du 11 juin 1874 sur les assurances.	305
3 ^o) Loi du 21 août 1879 sur les assurances maritimes	307
Prusse. — Loi du 5 mai 1872 sur l'organisation du régime hypothécaire.	309
Suisse	310
I. — Canton de Genève. — Loi du 21 septembre 1870.	310
II. — Canton d'Unterwalden. — Loi du 27 avril 1887.	313
III. — Canton de Berne. — Lois du 21 mars 1834 et du 30 octobre 1881	314
Espagne. — Article 1877 du code civil de 1889.	315
République argentine. — Loi du 24 septembre 1886.	315
Italie. — Loi du 23 janvier 1887.	316
Pays allemands où la législation française est encore en vigueur.	317
I. — Alsace-Lorraine. — Loi du 4 juillet 1881.	318
II. — Prusse rhénane. — Loi du 17 mai 1884.	332

